

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE
NOUVEAU CODE CIVIL SUISSE

DANS
L'ŒUVRE DE LA CODIFICATION MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 24 février 1909, à 2 heures et demie

PAR

Henry CHAUDÉ

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

Président : M. AMBROISE COLIN

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, } professeurs.
 AUDIBERT, }*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1909

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE
NOUVEAU CODE CIVIL SUISSE

DANS

L'ŒUVRE DE LA CODIFICATION MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 24 février 1909, à 2 heures et demie

PAR

Henry CHAUDÉ

LICENCIÉ ÈS-LETTRES



Président : M. AMBROISE COLIN

Suffragants : { MM. MASSIGLI, } professeurs.
AUDIBERT, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

AVANT-PROPOS

L'apparition d'un code étranger est un événement pour les spécialistes du droit comparé, auxquels il fournit un nouvel objet d'étude et un nouvel élément de comparaison. N'étant pas de ces spécialistes, il y a peut-être quelque témérité de notre part à aborder sans préparation l'étude du code civil suisse. Aussi bien, n'est-ce pas sous son côté technique que nous avons principalement étudié ce code. Il nous a semblé qu'une œuvre de cette importance ne présente pas un intérêt exclusivement technique, qu'à d'autres égards elle s'impose à l'attention, et à l'attention de tous.

Deux sentiments opposés nous portent à l'étude des législations étrangères. C'est d'une part notre curiosité naturelle pour tout ce qui se passe à l'étranger, pour des institutions différentes des nôtres, pour des lois issues d'une autre civilisation. C'est d'autre part le désir de connaître la solution donnée par le législateur étranger à ces éternels problèmes juridiques, qui se posent partout dans les mêmes termes et constituent le fonds commun des diverses législations. Toute législation, en effet, est le produit de deux éléments, un élément historique et local auquel elle doit son originalité, et un élément humain et social qui lui est commun

avec les autres législations contemporaines. C'est l'importance respective de ces deux éléments que nous nous sommes efforcés de mettre en lumière en ce qui concerne le code civil suisse.

Ce code tout récent présente pour nous un intérêt particulier, au moment où l'on se préoccupe de la revision de notre vieux code civil français, et l'on y trouvera de précieuses indications en vue de cette réforme.

Nous ne pouvions songer, dans le modeste cadre de cet essai, à faire l'étude complète et détaillée des matières traitées par le code suisse, et nous nous sommes contentés de faire connaître les institutions les plus caractéristiques. S'il nous était permis de reprendre l'expression dont un de nos maîtres s'est déjà servi (1), nous intitulerions volontiers ce travail : Introduction à l'étude du droit civil suisse ; entendant par là que notre dessein n'est pas de suppléer, mais d'inviter à la lecture directe du code.

Nous adressons nos respectueux remerciements à M. le professeur Dr Eugène Huber, rédacteur de l'avant-projet, qui a eu l'amabilité de nous documenter lui-même sur son œuvre, ainsi qu'à M. le Dr Charles Lardy, ministre de la Confédération suisse à Paris, et à tous ceux qui ont bien voulu nous recevoir et faciliter nos recherches en Suisse, au mois d'août dernier.

(1) Raymond Saleilles : Introduction à l'étude du droit civil allemand. *Mélanges de droit comparé*, Paris, 1904.

INTRODUCTION HISTORIQUE

LA CODIFICATION EN EUROPE. — LA CODIFICATION EN SUISSE. — LES ORIGINES DU CODE CIVIL SUISSE

La supériorité de la loi écrite sur la coutume est aujourd'hui incontestée. Si leurs avantages et leurs inconvénients respectifs font encore l'objet de discussions théoriques ; sur le terrain des faits, le problème est désormais tranché en faveur de la loi écrite, et l'on est en droit de qualifier, avec Bluntschli, de « préjugé romantique (1) » l'opinion de ceux qui, en tant qu'expression du droit adéquate à nos besoins, lui préféreraient encore la coutume.

La loi écrite, sans avoir complètement supplanté les autres, est aujourd'hui universellement reconnue comme la source juridique fondamentale, et c'est dans les textes que l'on va d'abord chercher la solution des questions de droit et des litiges auxquels donne naissance notre état social. Aussi, dans les États européens, le travail législatif se manifeste-t-il exclusivement sous forme de rédactions, rédactions qui, quand elles em-

(1) Bluntschli : *Le Droit public général*, trad. de Riedmatten, 1881, p. 6 *in fine*. Même expression dans Ihering : *der Kampf um's Recht*, 6^e édit., 1881, p. 10 et 11.

brassent un ensemble de matières juridiques pour en donner un exposé aussi complet que possible, prennent le nom de codes. « La codification, comme on l'a dit, devient à certains moments de l'histoire, comme le seul procédé possible de l'évolution historique du droit (1). »

Mais s'il est vrai que nous soyions à l'un de ces moments de l'histoire, et si l'œuvre de la codification est aujourd'hui poursuivie dans presque tous les États civilisés, il s'en faut et qu'elle soit partout achevée, et qu'elle ait été réalisée partout avec la même facilité. Il n'est donc pas inutile, avant d'exposer l'histoire particulière de la codification en Suisse, de rappeler très brièvement celle de la codification en Europe, et d'en retracer l'évolution au cours du siècle dernier.

Si l'on entend par codification la coordination et la refonte méthodique de l'ensemble des lois nécessaires à la vie d'un peuple, on peut dire que la codification ne date en Europe que du début du XIX^e siècle. Non pas que l'on fût resté jusqu'alors étranger à toute idée de codification, mais les ouvrages antérieurs aux codes napoléoniens ne sont le plus souvent que des compilations sans aucune originalité, se bornant à réunir les coutumes ou lois existantes sans chercher à en combler les lacunes ou à en présenter les dispositions d'une

(1) Saleilles : Introduction à l'étude du droit civil allemand. *Mélanges de droit comparé*, Paris, 1904, p. 13.

façon plus logique et plus complète. Tel est notamment le caractère des anciens coutumiers allemands, comme le *Miroir de Saxe* et le *Miroir de Souabe*, de la codification russe de 1649 nommée l'*Oulogénie*, du code publié par Christian V en Danemark, en 1683, et introduit quelques années plus tard en Norvège, de la législation suédoise de 1734 (ces deux dernières œuvres encore en vigueur), des nombreuses compilations espagnoles dont la plus récente est la *Nueva Recopilacion* promulguée en 1507 par Philippe II, enfin des trois séries d'ordonnances du Portugal, ordonnances alphonssines (1456), mannelines (1514) et philippines (1603).

Au XVIII^e siècle cependant apparaissent déjà des œuvres plus originales et qui méritent une mention spéciale. Le royaume de Sardaigne reçoit en 1723 un code à la fois civil et criminel qui tient du souverain qui l'a promulgué le nom de code Victorien. La Bavière possède depuis 1756 un code connu sous le nom de *Codex Maximilianeus Bavaricus* mais qui est plutôt un traité de jurisprudence qu'un véritable code. En Prusse, Frédéric II commence la préparation de ce vaste et confus recueil de droit civil, criminel, commercial, administratif et ecclésiastique qu'est l'*Allgemeines Landrecht*, promulgué seulement sous Frédéric-Guillaume II (1794). En même temps Marie-Thérèse songe à faire rédiger un code autrichien, mais la guerre de Sept-Ans va venir ajourner pour longtemps la réa-

lisation de ce projet, et les travaux n'aboutiront qu'après l'apparition du code Napoléon.

En France, parmi les nombreuses ordonnances de l'ancien régime, il faut signaler spécialement celles du règne de Louis XIV, et surtout les remarquables ordonnances du chancelier d'Aguesseau sur les donations, les testaments et les substitutions, véritables chapitres d'une codification future, dont nombre de propositions passeront presque sans modification dans le code de 1804. Il ne faudrait pas croire en effet que la codification napoléonienne soit née brusquement et sans préparation de la volonté de Bonaparte et de la pensée de ses rédacteurs ; si elle a pu être réalisée avec une pareille rapidité et un pareil succès, c'est sans doute grâce à l'influence personnelle du premier consul, mais c'est surtout parce que les éléments en avaient été de longue date préparés et comme digérés dans les ordonnances royales, puis dans les lois révolutionnaires. C'est cependant un événement unique dans l'histoire de la codification que la promulgation de cette imposante œuvre législative, rédigée en quelques années à peine, présentant les qualités maîtresses de l'esprit français, unité, harmonie, clarté, et qu'à l'exemple de César, Napoléon rêvait d'imposer à l'Europe comme le signe manifeste de sa conquête.

La préparation du code de 1804, la procédure suivie dans les assemblées du Consulat, la part prise par Bonaparte à la discussion, sont choses trop connues

pour qu'il soit nécessaire de les rappeler ici. Il faut seulement insister sur l'autorité morale de ce code de l'apparition duquel date en quelque sorte le mouvement de codification qui se poursuit encore de nos jours.

Sans parler des pays qui, comme l'Italie, la Hollande, où les départements hanséatiques, en reçurent l'application directe pendant la domination napoléonienne, son influence fut considérable. Il fut adopté dans le royaume de Westphalie, dans les grands duchés de Bade, de Nassau et de Francfort, à Danzig, dans le grand duché de Varsovie et le royaume d'Illyrie, enfin, comme nous le verrons, dans plusieurs cantons suisses. C'est à son imitation qu'ont été rédigés : le code de l'État de Parme de 1820, le code sarde de 1838, le code hollandais de la même année, un certain nombre de codes suisses (Neuchâtel, Fribourg, Vaud, Tessin, Valais) et plus récemment le code roumain (1864), qu'à cause de leur ressemblance quelquefois presque textuelle avec lui on a pris l'habitude de nommer les « dérivés du code Napoléon ». L'exemple donné par la France fit aboutir en 1811 les efforts poursuivis en Autriche depuis Marie-Thérèse en vue de l'exécution d'un code.

En Allemagne, enfin, la question de la codification remise en lumière par l'apparition des codes français passionna à ce point les esprits que l'on vit les juristes prendre position en deux écoles opposées de partisans et adversaires de la codification. Ce fut le célèbre con-

flit de l'école philosophique à la tête de laquelle était placé le jurisconsulte Thibaut et de l'école historique dont le fondateur et le plus illustre représentant était Savigny, conflit auquel il est nécessaire de s'arrêter un instant, car jamais la question n'a été discutée avec une pareille ampleur et un pareil retentissement.

Dans un article violent qu'il publia en 1814 sur la nécessité d'une codification en Allemagne (1), Thibaut invoquait la supériorité de la loi rédigée sur la coutume. Il se plaignait de l'incertitude des usages et de leur variété infinie suivant les régions et les mœurs. Si des lois précises, disait-il, étaient enfin substituées à ces usages sans fixité ni cohérence, les citoyens connaîtraient la loi et seraient à l'abri d'une interprétation arbitraire de la coutume, les praticiens et les hommes de loi ne seraient plus obligés de se livrer aux longues études historiques alors en honneur, qui n'étaient à ses yeux que des recherches d'érudition oisive, restaient généralement sans résultat pratique et ne contribuaient pas au développement du droit.

Dans sa brochure célèbre sur la « Vocation de notre époque pour la législation et la jurisprudence » (2), Savigny répondit. A la rigidité et à l'immobilité de la loi écrite, il opposait la souplesse de la coutume et sa

(1) *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814.

(2) *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*.

facilité à s'adapter aux besoins sociaux des diverses époques et à suivre l'évolution des idées et des mœurs. La coutume lui apparaissait comme l'expression de la conscience juridique du peuple, et c'est sur cette conception assez mystique de son origine qu'il cherchait à en fonder la valeur comme source du droit. Cette idée abstraite de l'école de Berlin sur le fondement subjectif de la coutume, trop souvent contredite par la réalité objective, ne résista pas longtemps à la critique. Mais les idées de Savigny sur l'évolution naturelle du droit, indépendante de toute espèce de rédaction législative, et sur la nécessité de son étude historique, triomphèrent alors dans les universités et dans le monde savant.

Aux attaques souvent plus ardentes que courtoises des partisans de la codification, Savigny répondait en les accusant d'accepter la conquête et le code de Napoléon, et en faisant appel à l'esprit national de l'Allemagne. Les revendications de Thibaut étaient émises dans une situation politique défavorable à leur réussite, et étaient prématurées : elles échouèrent.

L'école philosophique avait assurément le tort de s'appuyer exclusivement sur des idées de justice rationnelle et de prétendre créer une sorte de droit idéal sans tenir compte des conceptions existantes et des institutions ayant subi l'épreuve du temps ; mais cette école avait victorieusement mis en lumière les mérites de la loi écrite, et tôt ou tard la cause de la codification devait l'emporter.

En Italie, nous avons cité le code sarde mis en vigueur par Charles-Albert en 1838. Après la constitution de l'unité italienne, le besoin d'une législation uniforme se fit vivement sentir et apparut comme un moyen de consolider encore cette récente unité. On commença donc à rédiger des codes de commerce, de procédure et de droit pénal, et l'on s'occupa dès 1860 de la préparation d'un code civil qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 1866. Deux ans plus tard, le Portugal qui était encore régi par des ordonnances du XVII^e siècle reçut lui aussi un code civil. En Roumanie un code civil fut également promulgué en 1864, mais, comme les autres codes roumains, il n'est le plus souvent qu'une copie de notre code français. A son tour, l'Espagne, encore réduite à d'énormes et confuses compilations, entraît dans la voie codificatrice. Elle réussit à se donner assez rapidement des codes de commerce et de procédure, mais la rédaction d'un code civil absolument séculier dans ce pays où le droit ecclésiastique avait tenu une si grande place fut difficile : ce ne fut qu'en 1889 qu'il put entrer en vigueur.

Dans la période la plus récente, nous trouvons enfin l'*Algemeines Burgerliches Civilgesetzbuch*, œuvre considérable, rédigée d'après des méthodes absolument originales, et toute pénétrée d'esprit germanique. Il est utile d'en rappeler ici succinctement la genèse, car nous aurons souvent à nous référer à ses états successifs.

L'œuvre de codification rencontrait dans l'empire allemand les difficultés d'ordre constitutionnel inhérentes à toute Confédération d'États et ce ne fut qu'en décembre 1873 qu'une loi déclara le droit civil de la compétence de la législation d'empire. Une première commission de rédaction, composée uniquement d'un petit nombre de juriconsultes et de magistrats (onze membres) fut nommée l'année suivante par le Bundesrath. Ses travaux aboutirent en 1888 à la publication d'un premier projet dont les graves défauts furent immédiatement signalés. Sa langue abstraite, son aspect didactique, son inspiration exclusivement romaniste et trop peu soucieuse des institutions coutumières germaniques, lui attirèrent des critiques justifiées. Aussi le Bundesrath décida-t-il en 1890 de nommer une deuxième commission plus nombreuse (vingt-deux membres) et où les intérêts essentiels du pays furent représentés. Sur les bases du premier projet cette nouvelle commission en rédigea un second qui fut achevé en 1893, et qui, sans échapper absolument aux critiques adressées au premier, ne rencontra plus guère d'opposition dans l'opinion publique. Après une nouvelle revision (2^e projet révisé, ou 3^e projet) tenant compte des observations formulées au dehors, ce dernier projet fut soumis au Bundesrath, puis transmis par le Bundesrath au Reichstagen janvier 1896 sous forme de 4^e projet. Grâce à la modération de tous et à une sorte de trêve entre les partis, la discussion fut très rapide

(six mois à peine) et le projet, après les trois lectures exigées par la procédure parlementaire, put être définitivement voté le 1^{er} juillet 1896. Le code fut promulgué comme loi d'empire le 24 août pour entrer en vigueur avec l'année 1900.

Nous n'avons pas l'intention de pousser plus loin l'énumération déjà trop longue des divers codes des États modernes. Il nous suffit de faire observer qu'à l'heure actuelle, si l'on excepte la Grande Bretagne pays traditionaliste et qui reste fermement attaché à son « common law » il n'est plus un État où l'œuvre de la codification ne soit ou réalisée, ou du moins entreprise.

Comment la Suisse eût-elle pu échapper à ce mouvement général de codification que nous venons de retracer à grands traits ? On sait que la Confédération suisse se compose aujourd'hui de vingt-cinq cantons ou demi-cantons (dix-neuf cantons et six demi-cantons) qui, sous réserve des exceptions considérables que nous aurons lieu de signaler, ont en principe chacun leur législation propre. Or, si dans le cercle restreint des limites cantonales la Suisse est depuis longtemps entrée dans ce mouvement général de codification, en tant que Confédération ce n'est que depuis une trentaine d'années à peine qu'elle y participe. La codification cantonale a été la première étape de la rédaction du droit Suisse, et jamais, sans les éléments préparatoires fournis par elle, la codification fédérale n'aurait pu être aussi heureusement réalisée.

Nous avons eu déjà l'occasion de signaler l'influence de notre code civil dans la partie de la Suisse, dite Suisse romande. Introduit à Genève, au moment où le territoire genevois faisait partie de la France il s'y est maintenu depuis 1815, époque où Genève est devenue un canton Suisse jusqu'à nos jours, et il est donc le plus ancien des codes suisses. Il a subi depuis 1815 quelques modifications, dues à des lois spéciales sur la tutelle, les hypothèques, etc. Notre code est également resté en vigueur dans le Jura bernois.

Plusieurs codes cantonaux sont visiblement imités soit du code civil français, soit plutôt de ses succédanés, c'est-à-dire des éditions remaniées qui ont régi les divers États de l'Italie du Nord avant l'unification. Le code vaudois, le second de la Suisse par ordre de date n'est dans sa majeure partie qu'une copie du code français. Toutefois il a maintenu dans quelques matières comme la tutelle, le régime matrimonial quant aux biens et les successions, les dispositions des anciennes coutumes locales. Le code de Fribourg, promulgué par fragments de 1834 à 1849 présente, malgré sa division en cinq livres imitée des codes germaniques, de grandes analogies avec le code vaudois et par conséquent avec notre code. On y retrouve cependant telle institution locale, comme « l'indivision entre les frères et sœurs et leurs descendants », qui est ignorée dans le canton de Vaud. Le code de Neuchâtel, rédigé par M. Piaget et promulgué en 1855 reproduit lui aussi un grand

nombre d'articles du code Napoléon. Le droit matrimonial et le droit hypothécaire y sont cependant matières originales. Le code du Valais de 1854 préparé par M. Cropt et révisé depuis en 1871 a imité le code français sous la forme dérivée du code sarde. Le code du Tessin de 1838, révisé en 1874 l'a imité sous celle du code de Parme, et il a ainsi maintenu des principes de droit autrichien à côté de principes de droit français. Il est le seul code Suisse rédigé exclusivement en italien.

Tel est le groupe des cantons romands de la Suisse occidentale et méridionale, où dominent les idées romaines et qui tous ont été de bonne heure pourvus d'un droit codifié. Leurs législations respectives, dans le domaine du droit privé, révèlent la même origine et une communauté générale de principes, mais aussi des différences nombreuses et notables d'un canton à l'autre.

Quant aux cantons de langue allemande et où dominent les idées germaniques, la diversité et la confusion de législation y sont encore plus grandes. Il est cependant possible de distinguer trois principaux groupes.

Dans un premier groupe on peut ranger les petits cantons de la Suisse centrale, vivant de l'élève du bétail, très attachés à la religion catholique, qui n'ont aucune législation codifiée et sont encore régis par de vieux coutumiers et statuts locaux. Ce sont les cantons de Schwyz, Uri, Unterwalden et Saint-Gall, et les demi-cantons d'Obwalden et d'Appenzell (Rhodes intérieures).

Ceux des cantons allemands qui ont au contraire une

législation codifiée, se répartissent en deux groupes, ceux où la codification remonte à la première moitié du XIX^e siècle et ceux où elle est postérieure.

Le premier groupe comprend les cantons de Berne, Lucerne, Argovie et Soleure, cantons agricoles dont la législation s'est modelée sur le code civil autrichien. Le code de Berne rédigé par M. Schnell a été promulgué de 1824 à 1830 et maintes fois modifié depuis. Celui de Lucerne, qui s'y rattache très manifestement, a été rédigé par M. Casimir Pfyffer et promulgué de 1831 à 1839. Le code de Soleure, préparé par M. Reinart, a été promulgué de 1842 à 1848. Enfin le code argovien a eu pour rédacteur M. Keller et a été mis en vigueur de 1847 à 1855.

Beaucoup plus intéressant est le groupe constitué par les cantons de la Suisse orientale, cantons industriels, en majorité protestants, et auxquels le code de Zurich a servi de prototype législatif. Cette œuvre originale, la plus remarquable qu'ait produit la Suisse, est due au célèbre jurisconsulte Bluntschli, qui a consacré dix ans à sa préparation. Les cinq parties en ont été promulguées successivement de 1854 à la fin de 1855. Le code de Zurich a servi de modèle à tous les petits cantons voisins qui s'en sont approprié presque textuellement les dispositions, sauf sur quelques points où leurs règles locales traditionnelles s'écartaient du droit spéciale zuricois. Ainsi le code de Schaffhouse (1864-1865) sauf quelques matières particulières comme le droit

successoral, n'est qu'une copie du code de Bluntschli. Les codes de Thurgovie, de Zoug, de Nidwalden, y ont fait également de larges emprunts. Enfin les législations de Bâle-Ville et de Saint-Gall s'y rattachent manifestement.

Il faut citer à part les deux codes de Glaris et des Grisons qui ne relèvent que d'eux-mêmes, et sont intéressants à des titres divers. Le code de Glaris (1852) rédigé par Blumer, est un essai de conciliation entre les deux courants juridiques qui se partagent la Suisse. Il se distingue par sa brièveté, à laquelle la clarté n'est nullement sacrifiée. Le code des Grisons (1862-63), œuvre du jurisconsulte Planta, est lui aussi une œuvre de transaction entre les idées romaines et les idées germaniques. « Ce code est certainement l'un des plus remarquables de la Suisse, non seulement pour cette raison et au fond, mais encore dans la forme : il a été promulgué simultanément en trois langues, l'allemand, l'italien et un dialecte roman, et constitue surtout pour ce dernier un document d'autant plus curieux que la langue romane (ou romanche) tend à disparaître au profit des deux autres (1). »

On voit qu'à part un petit nombre de cantons qui répugnent à ce progrès, la grande majorité des cantons ont amélioré leur droit séculaire en le codifiant. Cette

(1) Ernest Lehr : *Code civil du canton de Zurich, de 1887*, traduit et annoté. Paris, 1890. Introduction, p. xxvii.

codification a réussi généralement à réaliser l'unité juridique à l'intérieur de chaque canton, mais même dans ces limites elle n'a pas fait disparaître complètement les coutumes locales et les conflits de lois auxquels donne lieu leur co-existence. Si l'on ne voit plus dans un même canton vingt-cinq législations différentes sur un même point de droit, comme dans le canton de Vaud jusqu'en 1821, ou dix-huit différents droits de succession, comme dans les Grisons jusqu'en 1850, il se trouve encore des cantons qui ont laissé subsister deux législations contradictoires sur un même territoire : c'est le cas notamment de deux des plus grands, Berne et Saint-Gall.

Mais c'est surtout entre les diverses législations cantonales que les contradictions apparaissent multiples et frappantes, et ce n'est que dans une très faible mesure que la codification cantonale a contribué à les atténuer. Si, en effet, nous avons groupé en trois ou quatre familles, les systèmes de droit privé suisses, il ne faudrait pas croire que ces groupes soient aussi tranchés qu'ils le paraissent au premier abord. En réalité, « la Suisse forme une véritable mosaïque : ce qui frappe d'abord, c'est la variété dans les détails, plus que les ressemblances des familles » (1). Nous reviendrons plus loin sur cette extrême diversité des systèmes juridiques,

(1) H. Carrard : Étude comparative des législations civiles de la Suisse romande et de celles de la Suisse allemande, dans *Zeitschrift des Bernischen Juristen-Vereins*, 1874, vol. IX, nos 5 et 6.

sur les conflits qui en résultent, et sur l'obstacle qu'elle présentait à toute tentative de codification fédérale. Actuellement, nous voulons seulement faire remarquer que la codification cantonale a bien contribué dans une certaine mesure à remédier à cette situation en apparence inextricable, mais qu'elle ne pouvait réussir à unifier sensiblement le droit général de la Suisse.

Si en effet tel canton en se donnant un code civil a cédé à la tentation inévitable d'imiter les œuvres similaires des cantons voisins (c'est ce qui s'est passé pour les cantons voisins de Zurich) il n'a pas pour cela fait abstraction de ses besoins particuliers, il n'a pas renoncé à ses traditions coutumières, à telle institution régionale dont il avait une habitude séculaire. Nulle part l'esprit particulariste n'a perdu ses droits. « On comprendrait, écrivait-on, en 1873, que les Zurichois jetassent aux orties le code dont ils sont fiers pour le remplacer par un code Suisse ; on ne comprendrait pas qu'une main sacrilège osât toucher à l'œuvre de Bluntschli pour lui donner une fausse ressemblance avec les lois de Neuchâtel. « Nous avons entendu exprimer l'opinion que la Suisse devrait adopter le code de Zurich. Ce code est un des monuments législatifs modernes les plus remarquables. Mais à côté de sa valeur scientifique, il se distingue surtout par son originalité et parce qu'il a conservé avec soin les particularités du droit zurichois. Ce qui fait son mérite pour le canton de Zurich serait un défaut capi-

tal dès qu'il s'agirait de l'imposer à la Suisse tout entière (1). »

Loin de faire disparaître les divergences, la codification cantonale n'a fait dans bien des cas que les mettre en lumière et les accuser. Son but était la rédaction et l'unification du droit cantonal, et elle n'a servi que rarement et d'une façon toute fortuite à l'unification générale du droit suisse. Telle quelle, elle est cependant fort importante, car elle va fournir de précieux documents et des indications sûres aux futurs rédacteurs des codes fédéraux.

A côté de la codification cantonale dont nous venons de donner un rapide exposé, le besoin s'est fait sentir de bonne heure en Suisse d'une législation qui offrirait à tous les cantons la solution commune d'un certain nombre au moins de points de droit intéressant particulièrement les rapports intercantonaux. Déjà le 5 janvier 1798, les Conseils de la République helvétique avaient préconisé l'idée d'une législation civile uniforme pour toute la Suisse, mais cette idée ne survécut pas à la « République une et indivisible » qui lui avait donné naissance. En 1848, elle réapparut sous forme de proposition d'unification du droit commercial. Mais la réforme n'était pas encore mûre, et les propositions furent repoussées : la constitution du 12 septembre 1848 abandonna toute la matière du droit privé aux can-

(1) H. Carrard : Rapport cité.

tons (1). Il est vrai que cette charte de 1848, restreignant leur souveraineté particulière en matière de droit public, faisant de la monnaie, des poids et mesures, des postes et douanes, des institutions fédérales, organisant une armée fédérale, reconnaissant enfin à tous un ensemble de libertés communes (libre choix de sa résidence, libertés confessionnelle, de la presse, de réunion, de pétition), cette charte de 1848 était déjà un premier et considérable succès des partisans de la centralisation, un échec incontestable à l'esprit particulariste cantonal.

(1) C'est la constitution du 12 septembre 1848 qui a donné à la Confédération son organisation actuelle. D'après cette constitution, les pouvoirs fédéraux sont partagés entre 1^o l'*Assemblée fédérale* formée de deux corps, le *Conseil national* et le *Conseil des États*, investis du pouvoir législatif et du choix des agents supérieurs exécutifs; 2^o le *Conseil fédéral*, autorité exécutive; 3^o le *Tribunal fédéral*. Le Conseil national est formé de cent quarante-sept membres (un par vingt mille habitants) élus pour trois ans au suffrage universel direct; le Conseil des États, de quarante-quatre membres élus pour un, deux ou trois ans, à raison de deux par canton, soit par le pouvoir législatif cantonal, soit par le suffrage direct. Il faut l'adhésion des deux assemblées séparément pour le vote d'une loi; réunies, elles élisent pour trois ans les sept membres du Conseil fédéral, dont le président annuel est le président de la Confédération; elles élisent aussi pour six ans les seize membres et neuf suppléants du Tribunal fédéral. Est électeur et éligible au Conseil national tout citoyen Suisse âgé de vingt ans, à l'exception des ecclésiastiques. La revision de la constitution, en 1874, a étendu l'institution du *referendum* aux décisions fédérales; la demande de trente mille citoyens suffit pour soumettre une loi fédérale au suffrage populaire; celle de cinquante mille citoyens pour prendre l'initiative d'une proposition de loi qui devra ensuite être soumise au peuple.

Même après 1848, on en demeurait donc en matière de droit privé au régime de la souveraineté absolue de chaque canton, c'est-à-dire à la coexistence sur le territoire de vingt-cinq législations cantonales sans aucune concordance entre elles, et d'un grand nombre de coutumes communales en divergence avec le droit général de leur propre canton. La juxtaposition de vingt-cinq droits pénaux différents aggravait encore la confusion. Cette situation était tolérable tant que la loi locale ou la coutume ne s'appliquaient qu'à des individus originaires de la contrée où ils avaient pris naissance, mais à mesure que les déplacements de la population devenaient plus fréquents, et que le champ des transactions civiles et des relations commerciales allait s'étendant, les conflits de législations se multipliaient et l'insécurité du droit se faisait plus sensible. Ainsi se fortifiait chez les hommes d'affaire et dans les centres industriels et commerciaux, la conviction que la diversité des lois était préjudiciable aux intérêts vitaux du pays.

Déjà en 1853 le landamann Bernois, E. Bloesch, dénonçait l'incohérence et l'inextricable dédale de cette multiplicité de systèmes juridiques pour un peuple de deux millions et demi d'habitants. Sur son initiative, le canton de Berne réunissait l'année suivante une conférence en vue d'étudier l'introduction d'un droit de change unique par le moyen d'un concordat : quatorze cantons s'y firent représenter. En 1856 le projet était établi et étudié dans une nouvelle conférence de neuf

cantons seulement. Malheureusement, les rivalités cantonales, la crainte des innovations, et l'amour-propre de certains états qui s'imaginaient posséder une législation supérieure à celle qu'on voulait établir, firent échouer la réforme.

En 1862 le Conseil fédéral reprenait la question, et l'élargissait en s'occupant de la préparation d'un code de commerce. Ce code de commerce n'était pas encore voté quand survint la revision constitutionnelle de 1872. Les partisans de la centralisation juridique voulurent profiter de cette revision pour unifier le droit civil. A cet effet ils insérèrent dans le projet de constitution fédérale du 5 mars 1872 un article qui donnait compétence à la Confédération sur toutes les matières de droit civil. Mais c'était là une grosse réforme, à laquelle les cantons, profondément attachés à leur autonomie, étaient encore insuffisamment préparés. Il suffit de cette disposition prématurée pour faire rejeter la charte revisée à une faible majorité d'ailleurs (260,859 voix contre 255,606, et treize états contre neuf).

C'était pour des raisons exclusivement politiques qu'était ajournée une réforme qui était au fond désirée par tous. La preuve en fut immédiatement fournie par l'adoption de la constitution du 19 août 1874 qui remaniait le texte de 1872 de la manière suivante : « Art. 53 : L'état civil et la tenue des registres qui s'y rapportent est du ressort des autorités civiles. La législation fédé-

rale statuera à ce sujet les dispositions ultérieures. — Art. 54 : Le droit au mariage est placé sous la protection de la Confédération... — Art. 64 : La législation sur la capacité civile, sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change) sur la propriété littéraire et artistique, sur la poursuite pour dettes et la faillite, est du ressort de la Confédération. »

La Confédération, usant des nouveaux pouvoirs qui lui étaient conférés, commença aussitôt la préparation de lois fédérales qui devaient être comme les jalons de la codification future. Ce furent d'abord la loi du 24 décembre 1874 sur l'état civil, le mariage et le divorce, la loi du 3 juillet 1876 sur la naturalisation suisse et la renonciation à la nationalité suisse, et la loi du 22 juin 1881 sur la capacité civile. Ce fut ensuite un chapitre entier de la codification suisse, le *Code fédéral des obligations* du 19 juin 1881.

Les caractères qui distinguent ce code sont sensiblement les mêmes que ceux d'où tire son originalité l'ensemble du code civil dans lequel il a été incorporé par la suite. Nous les analyserons plus tard, en étudiant ce dernier. Il faut seulement signaler dès à présent que la législation suisse, à l'inverse de presque toutes les législations modernes, a soumis aux mêmes principes les obligations civiles et commerciales. Il n'y a pas en Suisse de droit particulier à l'usage des commerçants.

« Cette tendance est en connexion avec les institutions démocratiques de la Suisse et l'esprit républicain de sa population, hostile à toute distinction de personnes. Elle est du reste justifiée par l'instruction et l'esprit commercial qui sont certainement répandus en Suisse dans toutes les classes de la société à un plus haut degré et d'une manière plus générale que dans tout autre pays de l'Europe (1). »

Le code fédéral des obligations a été rédigé concurremment dans les trois langues, française, allemande et italienne, et les trois textes sont considérés comme originaux. Son apparition rendit nécessaire la mise au point des diverses législations des cantons, et la promulgation dans la plupart d'entre eux de lois destinées à en assurer la concordance avec le nouveau code fédéral. Il fallait en effet régler avec précision le passage du régime ancien au régime nouveau ; il fallait ensuite déterminer exactement la frontière entre les domaines désormais dévolus au droit fédéral et ceux qui étaient laissés au droit cantonal : ce fut le but des dispositions transitoires du code lui-même, et des lois de concordance.

Malgré tout, la confusion est le grand danger des unifications partielles, et de bons esprits craignaient que l'entrée en vigueur du nouveau code ne donnât nais-

(1) Virgile Rossel : *Manuel du droit fédéral des obligations*, introduction, p. 2.

sance à de nombreuses controverses, que son application ne rencontrât de grosses difficultés. L'expérience a démontré que ces craintes étaient sinon injustifiées, du moins fort exagérées. La jurisprudence a su le plus souvent trouver rapidement une solution claire et satisfaisante aux rares conflits qui s'étaient élevés, et le nouveau code fédéral des obligations s'est rapidement acclimaté dans toutes les régions. Son succès était de bon augure pour l'avenir de la législation fédérale, et laissait prévoir l'élargissement prochain de la compétence de la Confédération.

En attendant cet élargissement, le droit civil fédéral se complétait dans les matières qui étaient déjà de son domaine. Ainsi, toute une série de lois relatives à la protection littéraire et industrielle furent publiées en quelques années (lois du 25 avril 1883 sur la propriété littéraire et artistique, du 29 juin 1888 sur les brevets d'invention, du 21 décembre 1888 sur les dessins et modèles industriels, du 26 septembre 1890 sur la protection des marques de fabrique). En même temps étaient promulguées l'importante loi du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, et une loi du 25 juin 1891 sur les rapports du droit civil des citoyens établis ou en séjour.

Un grand pas avait été fait en 1881 vers l'unification intégrale du droit suisse par la promulgation du code fédéral des obligations. Mais après sa mise en vigueur, le besoin se fit vivement sentir d'une réforme plus radi-

cale, qui aboutirait à la fédéralisation définitive de tout le droit civil. Dans les matières encore réservées aux cantons, la complexité était extrême. C'est ainsi pour ne citer que le droit hypothécaire, qu'il existait en cette matière vingt-neuf lois cantonales différentes. Il est impossible, si l'on veut en avoir une connaissance exacte d'étudier ensemble un groupe de législation cantonales : l'étude individuelle s'impose. Il n'en est pas une qui ne se distingue de la voisine par quelque côté ; « le droit de la montagne contredit celui de la vallée ; le droit de Bâle ville n'est pas celui de Bâle campagne (1). » La meilleure manière de prendre une idée rapide de l'enchevêtrement des anciennes législations cantonales, c'est de regarder quelques instants les cartes représentant sous des teintes différentes les divers systèmes en vigueur, que l'éminent ministre de la Confédération suisse à Paris, M. Lardy, a placé à la fin de son volume sur les législations civiles des cantons suisses (2). Rien ne donne mieux que ce curieux atlas de géographie juridique l'impression de la véritable

(1) Maxime Leroy : L'avant-projet du code civil suisse, dans la *Revue de Paris*, n° du 1^{er} décembre 1902, p. 640.

(2) C. Lardy : *Les législations civiles des cantons suisses, en matière de tutelle, de régime matrimonial quant aux biens, et de succession*, Paris, 1877. Voir aussi pour l'étude des législations cantonales : *Rechtskalender der schweizerischen Eidgenossenschaft*. (Calendrier juridique de la Confédération suisse) édité par M. Schlatter, de Zurich, 2^e édition en 1883, et surtout l'important ouvrage de M. Eugène Huber : *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, Bâle, 1886-1893.

mosaïque que constituait la juxtaposition des multiples droits suisses.

Si la différence des milieux explique beaucoup de divergences, le plus grand nombre semble le résultat de la fantaisie et du pur hasard. Mais lors même que la loi révèle des caractères réellement originaux, elle commence à perdre de son autorité, car elle ne s'impose plus exclusivement à des citoyens autochtones. Le nombre des domiciliés devient chaque jour plus considérable tandis que celui des ressortissants diminue, par suite de l'incessante émigration des Suisses d'un canton à l'autre. Dans certains cantons, les non-ressortissants sont en majorité (recensement de 1900 : Neuchâtel, Genève, Bâle-Ville). Comme on fait prévaloir en principe la loi du domicile sur la loi d'origine, la loi ne s'applique plus à ceux pour qui elle était faite. De là des conflits aussi graves que fréquents, et une permanente insécurité de droit.

Deux époux bernois se transportent à Zurich où l'un d'eux meurt. Le survivant va être privé de tout droit dans la succession de son conjoint, dont à Berne il eut été l'héritier nécessaire. Une mère de Zurich est absolument écartée de la succession de son fils mort à Schwyz ; si ce fils meurt dans tout autre canton, elle a un droit de succession. Un Bernois qui est sous le coup d'une action en recherche de paternité, n'a qu'à passer dans la Suisse romande pour se soustraire aux réclamations de la mère de son enfant. Qu'à Zurich une femme

sur la saisie de son mari réclame ses apports et exerce son privilège, le mari reste cependant en possession et jouissance des biens de la femme ; celle-ci fait valoir ses droits comme créancière, sous le contrôle des autres créanciers. Ce qui arrive quand les époux après la première saisie passent dans le canton de Berne où la faillite du mari entraîne la séparation de biens, personne ne le sait.

Il serait facile de multiplier les exemples de semblables bizarreries, dues à la stricte application de la loi du domicile. Ceux qui en avaient une fois subi les rigoureuses conséquences appelaient de tous leurs vœux l'établissement d'un droit précis et uniforme. L'exemple du code des obligations avait montré d'une façon probante les avantages de cette uniformité, et de toutes parts l'on réclamait l'achèvement de la codification amorcée en 1881.

Si les avantages de l'unification du droit civil étaient manifestes, les difficultés de la réforme n'apparaissaient pas avec moins d'évidence. En 1881, il avait été relativement facile d'arriver à un accord général sur une partie du droit où les dissentiments étaient peu profonds et qui ne mettait que rarement en cause les susceptibilités régionales. Sur des matières comme les régimes matrimonial ou successoral, il n'en était plus de même. Là les divergences étaient sérieuses et avaient le plus souvent des causes ethniques et morales. Il ne s'agissait pas seulement de conflits juridiques, mais aussi de con-

flits de races, de langues, de mœurs ou de confessions. Il paraissait impossible de rédiger un code qui satisfît à la fois Germain, Romands et Italiens, catholiques et protestants, hommes de langue allemande, française, italienne ou romanche. Comment faire une loi répondant à la fois aux besoins des paysans de l'Engadine ou des Grisons, et à ceux des ouvriers du Jura Neuchâtelois ?

A vrai dire la difficulté provenant de cette diversité n'était pas aussi invincible qu'elle pouvait paraître. Bien des divergences existant entre les législations cantonales ne s'expliquent ni par la religion, ni par la langue, ni même par la race. C'est ce qu'à bien mis en lumière M. Rossel, rapporteur français au Conseil national. « Quel est, disait-il, par exemple le régime matrimonial qui se rapproche le plus de celui du canton de Neuchâtel ? Ne cherchez pas trop près, allez au contraire à l'extrême frontière orientale de la Suisse, dans le cantons des Grisons ! Vous pensez peut-être que le régime matrimonial du canton de Thurgovie et même toute l'économie de sa législation civile le rattachent étroitement au canton voisin de Zurich ? Les analogies sont beaucoup plus frappantes entre le code thurgovien et le code Napoléon, qu'entre le même code thurgovien et celui qu'a rédigé Bluntachli. » N'est-ce pas là « la meilleure démonstration de ce qu'il y a eu d'artificiel et de fortuit dans la formation de notre droit suisse ? » (1).

(1) Conseil national, séance du 6 juin 1905, *Bullet. sténograph.*, xv.

Au reste, s'il se rencontre sous la croix helvétique des civilisations et des mœurs différentes, il ne faudrait pas y voir une objection décisive à toute tentative d'unification juridique. N'est-ce pas là, en effet, la destinée même de la Suisse ? « Une majorité germanique respectant une minorité romande, une majorité protestante respectant une minorité catholique, un certain nombre d'États relativement peuplés et forts, lancés à pleines voiles dans le courant de la vie moderne, respectant la lenteur de ces vieilles démocraties pastorales pour qui les siècles peuvent être des années ; voilà l'exemple que la Suisse doit donner au monde ; voilà la mission que lui a imposée la nature (1). »

En réalité, le danger devait surtout venir de l'antagonisme séculaire des civilisations germanique et française, de la vieille rivalité entre la Suisse allemande et la Suisse romande. Il y a là en effet une source permanente de conflits, et on ne peut nier que les dissentiments et les froissements qu'on voit se reproduire à chacun des tournants de l'histoire suisse y aient leur germe. Cet antagonisme s'accuse peut-être plus fortement encore dans le domaine du droit que dans tout autre, car là se heurtent deux courants juridiques de caractères essentiellement différents, l'antique courant romain qui s'est épuré en passant par la France, et le courant germanique de formation plus récente. N'était-

(1) E. Rambert : *Études historiques et nationales*, Lausanne, 1889.

il pas à redouter que dans l'œuvre de centralisation on sacrifiât involontairement l'une de ces formations juridiques à l'autre, ou que l'on n'établît sur des concessions réciproques une sorte de compromis qui ne satisferait ni Allemands ni Romands ? Là encore, il ne faudrait rien exagérer. S'il y a un antagonisme indiscutable entre deux régions importantes de la Suisse, cet antagonisme n'est pas irréductible. « Il nous est permis de constater, écrit un Suisse romand, que souvent en étudiant notre droit et en l'éclairant de leur méthode, nos confédérés de la Suisse allemande se sont sentis attirés par lui. Les travaux qui ont été faits en vue de poser les bases d'un seul et même code civil pour les parties française et allemande du canton de Berne (1) en sont un précieux témoignage (2). »

Il serait souvent difficile de tracer une frontière arrêtée entre les régions où dominant les idées romaines et celles où fleurissent les conceptions germaniques. « On rencontre fréquemment des interversions, des cas où des cantons de famille allemande se font les champions d'idées romaines contre les cantons romands qui admettent un principe germanique (3). » Dans la discus-

(1) Rapport de la commission de rédaction sur les bases d'un code civil unitaire pour le canton de Berne, impr. Rieder et Simmen, 1869. Rapports et propositions sur les bases d'un code civil unitaire pour le canton de Berne, extrait du *Bulletin des délibérations du Grand Conseil*, Porrentruy, impr. V. Michel, 1869.

(2) H. Carrard : Rapport cité.

(3) H. Carrard : Rapport cité.

sion du code civil bernois à laquelle nous venons de faire allusion, un des rares points de divergence entre la partie allemande du canton et le Jura était l'obligation pour les parents de doter leurs enfants dans certains cas. Le rapporteur de langue française conjurait ses concitoyens de faire quelques concessions sur ce point, et sa requête était d'autant plus justifiée que c'est l'influence du droit romain, où le père est obligé de doter sa fille, qui a renforcé en Allemagne l'habitude de fournir au moins un trousseau et en a fait une sorte de règle de droit commun. On montrerait aisément par d'autres exemples que les divergences de législation ne correspondent pas toujours à des différences d'origine ou de mœurs.

Au surplus, la codification n'est-elle pas œuvre de concorde par excellence, et ne fallait-il pas y voir bien plus qu'une occasion de dissentiment, un moyen de consolider l'unité de la Confédération suisse ? Le plus grand danger n'était-il pas dans cet état de divorce latent qui existait entre tel groupe et tel autre groupe d'États confédérés, et dont l'aggravation devait être évitée à tout prix ? « Nous étions menacés, pourra dire le rapporteur français devant le Conseil national, nous étions menacés, si nous n'avions pas conjuré ce péril en codifiant notre droit, d'une sorte de rupture morale entre la Suisse allemande et la Suisse française... Nous marchions à la dénationalisation progressive de notre droit, et l'on ne sait jamais où un peuple s'arrête dans

une voie pareille. Il fallait absolument codifier, à l'heure psychologique, avant que notre droit fût comme saturé d'éléments étrangers et puisés à des sources si différentes que le travail d'une codification future eût été entouré de difficultés presque insurmontables (1). »

Pour les raisons que l'on vient d'indiquer, on ne pouvait pas tirer de la diversité des races, des langues ou des mœurs une objection préalable à l'étude de tout projet de codification. C'est pour les auteurs de la loi que cette diversité allait être la source de difficultés, difficultés dont, comme nous le verrons, ils ont généralement su triompher. L'importance des concessions faites par les cantons et le large esprit de tolérance des citoyens Suisses, devaient d'ailleurs leur faciliter singulièrement la tâche.

Restait un obstacle considérable, l'absence dans la constitution d'une disposition attribuant à la Confédération la compétence nécessaire pour légiférer en matière civile (si ce n'est sur les points déjà signalés). Rien ne pouvait être entrepris sans une extension en ce sens des pouvoirs fédéraux. Bien qu'elle fût désirée par les esprits avisés, on hésitait à proposer cette réforme. Le souvenir était encore récent de l'échec du projet de 1872 qui avait heurté les sentiments particularistes des cantons et l'on craignait qu'un pareil sort ne fût réservé à tout projet de même tendance. C'était en effet, il ne

(1) Conseil national, séance du 6 juin 1903, *Bullet. sténograph.*, xv.

fallait pas se le dissimuler, la renonciation définitive à leur indépendance législative que l'on allait demander à ces cantons, si fiers de leurs franchises et privilèges et si jaloux de leur autonomie. Et il était douteux que l'esprit national eût acquis une autorité assez puissante pour obtenir des États cet important sacrifice. En 1896, le Conseil fédéral pensa cependant pouvoir tenter l'expérience et il demanda au Parlement d'étendre à toutes les matières de droit civil la compétence fédérale. Le Parlement adopta la réforme constitutionnelle (art. 64 nouveau) et sur une demande de referendum le peuple la ratifia le 13 novembre 1898, à une imposante majorité (264,914 voix pour, contre 101,762).

C'est l'un des objets de notre travail d'étudier la confection du code civil Suisse, les conceptions qui ont présidé à son élaboration, et la méthode qui a servi à son exécution. Nous n'avons donc ici qu'à en retracer brièvement la genèse, pour revenir ensuite à loisir sur chacun des points qui requièrent quelques commentaires.

L'unité de conception, en même temps que la plus grande publicité, voilà ce que l'on a cherché à assurer avant tout dans les travaux préparatoires du code. Aussi, en même temps que l'on chargeait un rédacteur unique, M. le professeur Huber, de préparer un avant-projet (1), on provoquait la collaboration de l'opinion

(1) Le travail de M. Huber, commencé en 1892, était déjà fort avancé, lorsque fut étendue en 1898 la compétence législative de la Confédération.

publique sous toutes ses formes à l'œuvre nationale.

Par sa connaissance approfondie de l'histoire du droit Suisse, son indépendance à l'abri de tout soupçon, son esprit à la fois conservateur et largement ouvert aux idées modernes, nul n'était mieux préparé que M. Eugène Huber pour poser les assises solides du monument qu'il s'agissait d'élever. Le seul fait que son avant-projet n'ait subi, dans sa transformation en projet, puis en texte définitif, que des retouches peu nombreuses, et de détail le plus souvent, est une preuve qu'il a généralement su présenter la meilleure solution, et qu'il était éminemment digne de la mission qui lui était confiée.

L'avant-projet (1) divisé en quatre livres traitant le premier des personnes, le second de la famille, le troisième des successions, et le quatrième des droits réels, fut publié le 15 novembre 1900. Un aperçu annexé à cet avant-projet donnait des indications complètes sur les documents qui avaient été utilisés.

Le Département fédéral de justice et police nomma au mois de mai 1901 une commission chargée d'examiner l'avant-projet. Cette commission fut composée de trente et un membres pour la plupart professeurs, députés ou magistrats, et de neuf experts spéciaux. Elle discuta l'avant-projet dans quatre sessions qui se tinrent

(1) Code civil suisse, avant-projet du Département fédéral de justice et police, Berne, imprimerie Böhler et Cie, 1900.

à Lucerne du 7 au 30 octobre 1901 (droit des personnes et de la famille), à Neuchâtel du 3 au 22 mars 1902 (tutelle et successions), à Zurich du 3 au 15 novembre 1902 (droits réels, première partie), et à Genève du 15 avril au 2 mai 1903 (droits réels, suite et fin) (1). Cette sorte d'élection de domicile dans quatre villes différentes, deux villes romandes et deux villes germaniques, contribuait déjà à assurer la publicité d'une œuvre à laquelle on voulait intéresser toutes les régions de la Suisse.

En même temps et pour mieux réaliser cette publicité, le Département de justice et police sollicitait l'envoi de tous les vœux, observations, propositions que l'on pouvait avoir à formuler, et assurait que tous seraient transmis à la Commission. Toutes les opinions pouvaient ainsi se produire, et toutes les prétentions se faire jour. On usa dans une large mesure de cette faculté, de telle sorte que des rapports parvenus au Département on put composer une sorte de tableau suivant l'avant-projet article par article, et donnant sur les questions délicates de précieuses indications. Outre ces rapports, la commission reçut également en 1901 et 1902 un exposé des motifs de l'avant-projet (2), dû lui aussi à M. Huber.

(1) Les procès-verbaux des quatre sessions ont été rédigés séance tenante par les secrétaires. Ils ont paru en édition revue et corrigée à un nombre restreint d'exemplaires autographiés.

(2) Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police, Berne, imprimerie Büchler et Cie, 1902.

Cette grande commission ayant terminé sa tâche, le Département fédéral désigna une commission de rédaction plus restreinte qui fut présidée par M. le conseiller fédéral Brenner et composée de M. Huber et de six autres membres, C'est la rédaction de cette commission qui fut soumise le 28 mai 1904 par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, et qu'on désigne communément sous le nom de projet (1). Un titre final relatif aux conflits de législation, et renfermant le droit des obligations mis en concordance avec les matières nouvelles a fait depuis l'objet d'un projet indépendant, soumis, dans la même forme aux deux Conseils (2).

La discussion commencée le 6 juin 1905 devant le Conseil national s'est poursuivie concurremment devant ce Conseil et le Conseil des États, au cours des années 1905, 1906 et 1907. Deux rapporteurs, l'un de langue allemande, l'autre de langue française, présentaient les matières, et l'on votait sans les disjoindre plusieurs articles formant un tout, ou même des chapitres entiers. Un très petit nombre de questions fournirent l'occasion d'un débat public d'une certaine ampleur : les commissions parlementaires avaient généralement tenu compte des critiques et observations formulées depuis la publi-

(1) Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, concernant le projet de code civil suisse (du 28 mai 1904).

(2) Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de code civil suisse (du 3 mars 1905).

cation du projet, et chacune des assemblées se bornait à ratifier les corrections proposées par sa commission.

Enfin, le 10 décembre 1907, le vote particulier des diverses parties étant acquis, le Conseil national et le Conseil des États adoptèrent tous deux à l'unanimité l'ensemble du projet de code civil suisse.

L'œuvre était déjà populaire, et la nation lui donnait immédiatement une sorte de ratification tacite, en s'abstenant de toute demande de referendum dans le délai requis. Au reste, en vue de faciliter la connaissance et l'assimilation de la loi nouvelle, on a pris soin d'en reculer l'entrée en vigueur définitive au 1^{er} janvier 1912. A ce moment les anciennes législations cantonales auront vécu, et une ère nouvelle commencera pour la Suisse, un régime de centralisation juridique, ou seules resteront variables l'organisation et la pratique judiciaires, derniers vestiges de l'autonomie des États confédérés.

PREMIÈRE PARTIE

LA CONFECTION ET LA FORME EXTÉRIEURE DU CODE

CHAPITRE PREMIER

CONCEPTION SUISSE DE LA CODIFICATION

Qu'est-ce qu'une codification ? Quelque inutile et oiseuse que paraisse cette question au premier abord, c'est cependant la première qu'il faille poser. Il n'est certes personne qui ne sache ce qu'est un code, mais si l'on se demande quel est l'objet précis de la codification, on se trouve en présence de conceptions assez divergentes pour qu'il soit nécessaire de les critiquer tour à tour avant de se prononcer.

Que se propose au juste le législateur qui entreprend une codification ? Il y a deux conceptions de la codification sinon opposées, tout au moins difficilement conciliables. La première, que l'on pourrait appeler la conception philosophique, tend à créer de toutes pièces le meilleur droit idéal. Dans la seconde au contraire, la conception historique, on recherche quelle est l'expression la plus exacte du droit d'une nation à une époque donnée. Il y a bien entendu de multiples opinions intermédiaires, mais ce sont là les deux conceptions principales, celles des deux écoles que nous avons déjà

vu en présence, l'école historique et l'école philosophique. Conserver, innover, l'on en revient toujours à ce dilemme, et ce sont ces deux solutions du problème dont il nous faut signaler les avantages et les inconvénients, avant d'indiquer celle qui a été adoptée en Suisse.

La conception philosophique de la codification séduit au premier abord. Il semble naturel, alors que l'on donne à la loi sa forme écrite et qu'on en condense les dispositions, d'en profiter pour la remanier de fond en comble et pour faire œuvre absolument originale. Dans le désir de faire un code aussi parfait que possible, l'on est tenté de faire bon marché de tout ce qui existait jusqu'alors et de construire sur la table rase. Mais là est précisément le danger. Si l'on s'en tient à cette idée, l'on est conduit fatalement à sacrifier les précieuses indications données par les sources déjà existantes, à des conceptions purement subjectives ou à des préférences personnelles, et si même l'on demeure impartial, on crée le plus souvent un droit idéal et impersonnel au lieu d'un droit national et pratique. Loin d'ailleurs d'avoir des craintes sur son adaptation, l'on se flatte généralement d'avoir composé un travail définitif, et l'on s' imagine que fort longtemps il suffira à tous les besoins sans qu'il soit nécessaire d'y rien retrancher ou modifier. Enfin, il est bien rare que le code issu de pareilles préoccupations ne donne plutôt l'impression d'une œuvre doctrinale que d'une œuvre législative : il vise plus à être complet qu'à être clair ; ses dispositions

ont un caractère plutôt analytique qu'impératif, et affectent généralement un ton dogmatique qui ne convient nullement à la loi. Or autre chose est un code, autre chose un ouvrage doctrinal. Ce serait une grave erreur de vouloir les rédiger de la même façon et les qualités qui conviennent à l'un et à l'autre sont très différentes.

Une codification à tendance philosophique échappe difficilement aux défauts que nous venons de signaler. Ils ont été la principale cause de l'échec des codifications de l'époque révolutionnaire, et les rédacteurs du code Napoléon eux-mêmes, encore tout pénétrés de l'idéologie du XVIII^e siècle, n'ont pas su les éviter complètement. C'est également ce caractère abstrait et doctrinaire qui souleva de si ardentes oppositions contre le premier projet du code civil allemand, œuvre de purs théoriciens, trop peu respectueux des vieilles institutions germaniques et trop peu renseignés sur les besoins pratiques de leur époque.

L'école historique a réussi, nous l'avons vu et c'est là son grand mérite, à faire comprendre l'importance capitale dans les études juridiques de l'examen objectif du milieu, et de la connaissance de l'évolution sociale. Dès lors il était inévitable que la conception de la codification se transformât pour restituer dans la préparation de la loi son importance à l'élément objectif. Dès lors en effet, on ne se préoccupe plus d'imaginer une sorte de législation idéale; on poursuit un dessein

moins ambitieux et plus pratique : doter son pays de la législation la plus conforme à ses aspirations et à ses mœurs. On recherche donc quelles sont ces aspirations et ces mœurs, et pour ce faire, on étudie les développements historiques antérieurs, on tente de démêler les origines et le sens profond des institutions coutumières et locales, non pas pour les maintenir toutes indistinctement, mais pour conserver ce qu'il y a en elles de traditionnel et de vivant. « Consacrer les résultats acquis, faire la part de ce qui est le déchet du passé sans connexité avec la conscience de la société moderne... et constater l'état de droit (1), » correspondant à tel peuple à tel moment de son histoire, telle apparaît aujourd'hui la mission du législateur. C'est en ce sens qu'on a pu parler de ces « grands examens de conscience juridique (2) », que sont les codifications modernes.

Il se peut d'ailleurs que ces codifications fassent, elles aussi, table rase de tout le droit antérieur. Mais ce n'est pas, comme dans les codes à tendances philosophiques, pour répudier tout lien avec le passé et pour briser la chaîne de l'évolution juridique, c'est pour éviter des difficultés d'interprétation et des conflits entre les anciens textes et les nouveaux. La codi-

(1) R. Saleilles : Notice sur le code civil pour l'empire d'Allemagne dans *26^e Annuaire de législation étrangère*, 1897, p. 160.

(2) Discours de M. l'avocat général Bertrand, à l'audience de rentrée de la Cour de cassation. Journal *Le Droit*, n^o du 17 octobre 1888.

fication ainsi entendue se garde d' « annihiler l'élément historique du droit positif. Mais du moins a-t-elle normalement cet effet de tarir désormais sur le domaine qu'elle s'est proposée les sources formelles antérieures (1). » Le législateur a parfaitement le droit de procéder ainsi, et, comme l'a dit en excellents termes M. Gény, « pourvu seulement qu'il n'ait pas, par une illusion condamnable touchant sa toute puissance, prétendu couper les ailes à toute formation juridique à venir, il paraît incontestable qu'il reste dans son rôle en rompant les ponts qui rattachent son œuvre au passé » (2).

Au reste le législateur n'a plus aujourd'hui l'abusive prétention de donner par la codification une forme immuable au droit, de le fixer en des formules intangibles dont la moindre modification paraîtrait sacrilège. Il sait fort bien que les idées juridiques évoluent avec les mœurs et qu'il viendra un temps où, les conceptions s'étant modifiées, la loi qu'il a rédigée ne sera plus en harmonie avec l'état social. Alors, peut-être le texte se prêterait-il à un changement d'interprétation qui donnera satisfaction aux nouveaux besoins, mais le plus souvent un remaniement s'imposera.

On a prétendu que la codification arrêterait l'évolution

(1) François Gény : *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899, p. 199.

(2) Gény : ouvrage cité, p. 198.

du droit. Telle qu'on la comprenait dans le système de loi immuable en faveur en 1804 et aujourd'hui définitivement abandonné, elle risquait en effet de l'arrêter, si toutefois il est possible d'interrompre, fût-ce seulement quelques années, l'effort continu de la vie. Mais, telle qu'elle est conçue aujourd'hui, la codification n'apparaît plus comme un obstacle à l'évolution du droit. Sans doute, suivant qu'il s'agira de formules rigides ou de dispositions souples, le progrès s'y introduira et y circulera plus ou moins facilement, mais c'est un phénomène universel et auquel aucune œuvre législative ne peut se soustraire (1).

Il est à prévoir d'ailleurs que « l'on se dégagera de plus en plus, en tant que formules législatives, de l'abstraction des conceptions et constructions juridiques, réservées désormais à l'élaboration successive du mouvement doctrinal et scientifique, et l'on cherchera simplement à poser quelques grandes assises de la construction sociale du droit, laissant à la jurisprudence le soin de développer dans le sens de l'évolution sociale elle-même les conséquences pratiques des faits sociaux consacrés par la loi » (2). C'est déjà dans cette voie

(1) Voir comme exposé d'idées nouvelles sur la codification : E. Martin : *Étude sur le régime dotal*, Lille, 1892, préface, p. II et V ; H. Capitant : Introduction à l'étude du droit civil, 1898, p. 40, et surtout F. Gény : *op. cit. passim*.

(2) R. Saleilles : Introduction à l'étude du droit civil allemand, *Mélange de droit comparé*, Paris, 1904, p. 28.

que, sous l'influence de l'école de Savigny et sous celle plus récente de Ihering, se sont engagés les Allemands. Leur code civil au moins sous sa dernière forme en est une preuve. Personne ne considère en Allemagne que ce code civil soit venu mettre un terme à l'évolution juridique du pays. « Il est venu fixer un point d'histoire, mais non point interrompre la chaîne des développements historiques (1). » Il va fournir le cadre qui faisait défaut pour le développement régulier du droit allemand. Il est « le point de départ d'une évolution nouvelle et non le point terminus d'une ère juridique » (2).

Le code civil suisse a été rédigé dans le même esprit et révèle une semblable orientation ; mais peut-être marque-t-il une adhésion plus franche encore aux idées nouvelles sur la codification et l'évolution du droit.

Pour arriver à l'unification du droit civil en Suisse, on pouvait songer à l'une comme à l'autre des deux méthodes que nous avons exposées. On pouvait « ou bien procéder *à priori* sans tenir compte des lois cantonales et en se laissant guider par les principes généraux du droit ou bien chercher à rester le plus près possible de ce qui existe, afin d'avoir sur chaque point important une base solide qui, en cas de referendum, faciliterait l'adoption de l'ensemble » (3). Il fallait

(1) Saleilles : *Notice sur le code civil pour l'empire d'Allemagne*, p. 159.

(2) Saleilles : *op. cit.*, p. 160.

(3) C. Lardy : *op. cit.*, introduction, p. 2.

« choisir entre ces deux tendances, l'une plus radicale, plus philosophique de l'unification *à priori* ; l'autre plus conservatrice ou, si l'on préfère, plus historique » (1). Plutôt que de prendre un parti absolu, on a préféré adopter une solution mixte, et s'en tenir à une sorte de compromis, où cependant la tendance conservatrice domine manifestement.

Sans pour cela renoncer à se laisser guider à l'occasion par les seuls principes, le législateur suisse leur a généralement préféré les indications fournies par l'histoire et par le droit en vigueur. Jamais il n'a fait appel aux systèmes doctrinaux, aux conceptions juridiques idéales, avant d'avoir consulté les lois cantonales et longuement étudié les institutions fonctionnant dans les divers États ; et chaque fois qu'une institution lui a paru être d'un usage traditionnel ou posséder un intérêt local indiscutable, il l'a conservée. Et il a ainsi érigé en institutions fédérales un très grand nombre d'institutions cantonales la plupart intéressantes, mais dont quelques-unes sont d'une valeur très contestable. Aussi bien eût-il été dangereux de procéder à une sélection qui n'eût pas manqué d'éveiller les susceptibilités des cantons sacrifiés. Dès l'instant que l'on cherchait non pas dans le droit théorique mais dans les législations cantonales les éléments de la nouvelle codification, il fallait puiser dans chacune d'elles et n'en négliger aucune, sous peine

(1) C. Lardy : *ibid.*

d'encourir le reproche de partialité. De là vient que l'on trouve encore dans le code civil des institutions, en usage seulement dans une infime partie de la Suisse, ou même absolument désuètes (1). C'est en tout cas le signe évident chez le législateur suisse de la préoccupation de réaliser, autant que le régime fédéral le permettait, un code qui satisfait à la fois l'esprit national suisse et l'esprit particulariste cantonal.

Déjà, M. le professeur Huber, au début de l'exposé des motifs de son avant-projet, dans des considérations relatives à la mission du législateur, marquait nettement sa préférence pour la méthode historique. La codification, à ses yeux consiste essentiellement dans la traduction en verbe juridique de l'état de la société au moment où elle est entreprise. « La législation, écrit-il, ne s'arrogera pas arbitrairement une part excessive dans le travail de codification. Tout au contraire, elle ne peut et ne doit être que l'instrument destiné à formuler les aspirations de la conscience populaire. Elle les formulera dans les termes indiqués par l'état de la civilisation, par le courant des idées contemporaines, puisqu'aussi bien toute autre méthode empêcherait ces aspirations de se dégager et de s'exprimer nettement. Les lois doivent émaner de la conscience populaire, afin que tout homme intelligent, qui a étudié les besoins

(1) Nous nous bornerons à citer, à titre d'exemple, la lettre de rente et le pacte successoral.

de son époque, ait le sentiment qu'elles ont été comme dictées par son cœur et sa raison. Nulle imitation, nulle science, nul effort d'imagination ne peuvent suppléer ici aux impérieuses exigences de la vie. C'est seulement par une observation patiente et réfléchie, par une initiation intime et continue à l'existence juridique du peuple qu'on parviendra à entendre un écho des voix qui affirment qu'un droit populaire ne peut se développer si ce n'est en remontant à la source des traditions et des mœurs nationales. Le législateur crée le droit tel que sa conviction le lui révèle. Mais il ne lui est pas possible de se former une conviction indépendamment des réalités ambiantes (1). » M. Huber écrivait encore : « L'unification aura pour effet tantôt d'innover, tantôt de conserver, les lois anciennes, en sorte que nous devons viser, d'une part, à étudier les modèles fournis par l'étranger, et d'autre part, à maintenir et à développer notre droit national. On peut dire d'une manière générale que dans une codification il vaut mieux conserver qu'innover (2). »

Le Message du 28 mai 1904 n'a fait que reprendre les mêmes idées : « Il eût été extrêmement fâcheux, y lit-on, de ne pas reconnaître qu'un immense trésor d'expérience et de sagesse politiques avait été amassé dans ces législations cantonales, et qu'il importait d'en

(1) Exposé des motifs, p. 2. Nous citons toujours l'édition en un volume.

(2) *Ibid.*, p. 5.

tirer le meilleur parti possible. Au cours de quelques siècles, et malgré toutes les divergences qu'on y peut signaler, nos cantons ont créé un droit, qui, né des besoins mêmes de la vie, avait l'avantage de préserver le droit traditionnel et national contre l'imitation des modèles étrangers, tout en répondant au caractère et au génie du peuple. C'est pourquoi le premier devoir de la Confédération était de prendre autant que faire se pouvait le droit cantonal en considération, d'en extraire le sang et la moëlle, d'unifier le droit civil dans le sens de son évolution normale, de ne pas rompre le lien qui attache un peuple à ses lois, d'accomplir sa tâche enfin dans l'esprit et selon les vœux de la nation suisse (1). »

De ces quelques lignes il ressort clairement que, de l'aveu même du rédacteur et de ses collaborateurs, le code civil suisse se rattache à ce que nous avons appelé : la conception historique de la codification. Est-ce à dire que ses auteurs se soient interdit toute modification ou toute innovation ? En aucune façon. Il y avait tout d'abord dans le droit suisse des lacunes qu'il était nécessaire de combler, et où par conséquent l'innovation s'imposait. Mais en outre, dans les questions auxquelles les cantons donnaient des solutions différentes qu'il était impossible de laisser subsister côte à côte et qu'il fallait s'efforcer de concilier, on était bien obligé de recourir aux innovations. Enfin,

(1) Message du 28 mai 1904, p. 8.

même en dehors de ces cas où l'innovation était en quelque sorte la seule ressource, le législateur suisse s'est cru autorisé à introduire dans le nouveau code un certain nombre de réformes qui lui ont paru présenter un intérêt primordial, et dont l'adoption ne devait pas rencontrer de difficultés (1).

Mais que ce soit une considération ou une autre qui l'ait décidé à innover, le jurisconsulte suisse n'a jamais cédé à la tentation de faire prévaloir ses idées personnelles. Il n'a pas innové pour le plaisir scientifique d'établir sur certains points les principes de la pure doctrine juridique, mais plutôt en vue d'emprunter aux codes les plus récents, à la jurisprudence ou à la doctrine, quelques heureuses créations qui lui paraissent pouvoir s'acclimater en Suisse. C'est ainsi, pour ne citer que ces deux exemples, qu'elle a trouvé dans la doctrine allemande contemporaine des constructions originales, comme la servitude sur son propre fonds (*Eigen-thümesdienstbarkeit*) et l'hypothèque envisagée comme droit principal (*selbständige hypotheq.*).

Quant aux législations étrangères, les rédacteurs du code n'ont pas méconnu l'intérêt capital que présente leur étude, et ils y ont trouvé les éléments d'une comparaison très profitable, avec le droit suisse. « La

(1) Nous citerons par exemple : l'égalité des enfants dans la succession paternelle, la pleine capacité des filles majeures et des veuves, la liberté du contrat de mariage.

législation, dit M. Huber, ne doit pas devenir une muraille de Chine. » Mais le savant professeur sent aussitôt combien il serait dangereux d'importer sans précautions telle institution juridique dans un pays auquel elle n'était pas primitivement destinée, et il ajoute : « On n'adoptera pas purement et simplement une institution étrangère, le principal profit qu'on retirera d'un travail de comparaison sera de voir comment on a, hors de notre pays, considéré et résolu certaines questions. Nous consulterons des modèles nous ne les copierons pas (1). »

Sans doute il se trouvera des points communs ; il y aura sur certaines matières une grande analogie entre le nouveau code et tel autre d'un pays voisin, voire même parfois une complète similitude. Comment au reste pourrait-il en être autrement dans deux œuvres presque contemporaines comme les codes civils allemand et suisse ? Mais il n'y a là qu'une rencontre fortuite, et qui peut d'ailleurs être fort avantageuse, pour les relations commerciales notamment. Il n'y a en pareil cas ni imitation ni plagiat. « C'est l'évolution même de notre droit, dit le rédacteur, qui nous a conduits dans cette voie, et qui, en vertu d'une communauté de conditions sociales qui date du moyen âge, nous a valu des lois semblables aux lois modernes d'autres pays » (2).

(1) Exposé des motifs, p. 6.

(2) *Ibid.*, p. 7.

Nous espérons avoir réussi à montrer dans quel esprit a été rédigé le nouveau code suisse et quelle est son orientation générale. Pour compléter les indications que nous venons de donner, il y aurait lieu de montrer quelle idée ses auteurs se faisaient de l'avenir de leur œuvre, ou, pour employer l'expression de mode aujourd'hui, quelle a été leur conception de la « finalité du droit ». Mais nous préférons n'aborder cette question qu'en même temps que celle de l'interprétation du code suisse à laquelle elle est étroitement liée. Nous réservant donc d'établir plus tard la position du code en face de l'avenir, nous pensons avoir suffisamment précisé sa position en regard du passé et du présent. Étudier les dispositions des lois étrangères, tenir compte des ingénieuses découvertes de la science contemporaine et des récentes conquêtes du progrès jurisprudentiel, mais n'adopter les unes ou les autres qu'avec la plus grande circonspection, et respecter avant tout les exigences de la tradition et du milieu pour faire œuvre véritablement nationale, telle a été la pensée dominante de M. Huber et de tous ceux qui ont collaboré à la confection du code.

CHAPITRE DEUXIÈME

CONFECTION DU CODE

Un code ne se compose pas comme une loi ordinaire ; par l'étendue même des matières qu'il embrasse, il comporte des méthodes de travail spéciales. Nous avons déjà indiqué dans notre exposé historique quelles étaient celles qui avaient été suivies en Suisse ; il nous reste à les justifier en les rapprochant de celles qui ont été utilisées ailleurs ou qu'on aurait pu songer à mettre en pratique.

Au lieu de commencer comme le gouvernement allemand par nommer une commission de rédaction, le Département fédéral de justice et police a préféré charger tout d'abord un rédacteur unique de préparer un avant-projet. A la seule condition que ce jurisconsulte soit à la hauteur de sa tâche, il vaut mieux que la rédaction du projet de code soit confiée à un seul jurisconsulte qu'à plusieurs : l'unité de l'œuvre est ainsi assurée dès l'origine, et une base solide fournie à la discussion.

Au reste, le procédé était déjà très usité en Suisse,

et nous avons vu que presque tous les codes cantonaux (Neuchâtel, Valais, Berne, Lucerne, Argovie, Soleure, Glaris et Grisons) avaient été composés par un jurisconsulte unique. C'est sensiblement la même méthode qui avait été suivie en 1800, au début des travaux de notre code civil, puisque les quatre rédacteurs, Portalis, Tronchet, Malleville et Bigot du Préameneu, s'étaient partagé la besogne et chargés chacun de la préparation d'une partie du projet.

Certains auteurs jugent défectueuse la méthode communément suivie et qui consiste à charger un ou plusieurs jurisconsultes de la rédaction du projet. Selon eux, la première opération, antérieure à toute espèce de rédaction, devrait être de sonder le pouvoir législatif et de s'assurer de son assentiment sur les points les plus essentiels ; ainsi le ou les rédacteurs sauraient exactement dans quelle voie s'engager, et, au moins en ce qui concerne les principes généraux, ne courraient pas le risque d'être désavoués par les assemblées (1). C'est ce qui a été fait en Espagne lors de la confection du code de 1889. L'on a d'abord consulté les Cortès et fait voter par elles un certain nombre (27) de propositions de principe, de « bases », et ce n'est qu'ensuite que l'on a chargé une commission de la composition

(1) Pour l'exposé de ces idées, voir notamment E. Roguin : Observations sur la codification des lois civiles ; dans le *Recueil publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne*, à l'occasion de l'Exposition nationale suisse, 1896.

détaillée de la loi. Cette manière fort rationnelle et prudente de procéder aurait pu être employée en Suisse, et si le rédacteur du code eut été autre que M. Huber, peut-être eût-on pris cette précaution. Mais on était certain que M. Huber n'introduirait rien dans son avant-projet qui ne fût l'expression des idées de la grande majorité du pays, et qui ne dût par conséquent être ratifié par ses représentants. La publication de l'avant-projet, sans qu'il s'élevât contre ses dispositions aucune objection irréductible, était d'ailleurs le signe évident que l'on était dans la bonne voie.

Qu'on les réunisse pour discuter en vue d'une rédaction comme en Allemagne, ou pour discuter sur une rédaction comme en Suisse, la composition des commissions est chose fort délicate. Doivent-elles être nombreuses ou peu nombreuses, composées uniquement de savants, ou uniquement de praticiens, ou tout à la fois de savants et de praticiens ; autant de questions de la solution desquelles dépend la promptitude et le succès des travaux.

L'expérience a démontré que seules les commissions restreintes fournissent un travail rapide et satisfaisant. Dans une commission nombreuse (par exemple de trente ou quarante membres), les opinions les plus différentes sont représentées ; aussi, à chaque nouvelle matière que l'on aborde, un échange de vues est nécessaire, et il s'engage une discussion longue et diffuse pour aboutir à une entente souvent superficielle. Sur tel point on

donnera raison à l'un, ailleurs on fera une concession à un autre, et il sera bien difficile que, tiraillée dans quantité de directions différentes, l'œuvre conserve quelque unité. Les commissions nombreuses sont, d'une façon générale, condamnées à la lenteur et à l'incohérence. Sans doute, la discussion ne doit pas être proscrite, car du choc des opinions contradictoires jaillit souvent l'étincelle qui éclaire toute une question ; mais, autant la discussion est excellente quand elle est circonscrite dans des limites bien déterminées et entre un petit nombre de personnes, autant elle risque de s'égarer quand le cadre n'en est pas encore délimité et quand trop de personnes y prennent part. En matière de codification, s'il peut être utile de la provoquer quand il existe déjà un avant-projet de code ; au contraire, tant qu'il ne s'agit que de rédiger, il faut maintenir la discussion dans les proportions les plus modestes, et par conséquent ne mêler aux premiers travaux préparatoires qu'un nombre très restreint de spécialistes.

C'est ce qui a été fort bien compris en Suisse. Avant de donner à son avant-projet sa forme définitive, M. Huber en a discuté les diverses parties de 1893 à 1899 dans des réunions, officielles ou officieuses, de juriconsultes et d'experts, spécialement compétents, et toujours en très petit nombre (1). M. Huber a pu ainsi

(1) Le détail de ces réunions est donné dans l'aperçu des travaux préparatoires publié en même temps que l'avant-projet.

s'entourer de renseignements nombreux et autorisés, tout en restant maître absolu de la direction générale des travaux.

N'était-ce pas, déjà, le nombre très limité des collaborateurs, qui avait permis à Napoléon de mettre sur pied aussi promptement sa remarquable codification ? Les commissions préparatoires françaises ne comprenaient pas plus de cinq à six membres, et après l'épuration du Tribunat, la section de législation du Conseil d'État, elle-même peu nombreuse, eut seule un rôle effectif dans la discussion. De même la première commission de rédaction constituée par le Bundesrath allemand en 1874, ne se composait que de onze membres. Encore n'adoptât-elle un mode de travail collectif qu'après la rédaction par ses membres de cinq avant-projets partiels. Après de pareils exemples, il peut paraître singulier que l'on confie de nos jours la révision des codes, et notamment du code civil français, à des commissions extraparlimentaires composées d'un nombre considérable de membres. « Tous sont compétents et à la hauteur de leur tâche, nous l'admettons avec M. Glasson ; mais par cela même que chacun vient dire son mot ou même faire sa loi, pour se justifier de l'honneur qu'il a reçu, on aboutit au chaos et à l'impuissance (1). »

(1) E. Glasson : La codification en Europe au XIX^e siècle, dans la *Revue politique parlementaire*, 1894, t. II, et 1895, t. III, p. 226. Suit

Le choix d'un rédacteur unique et la constitution de commissions restreintes pour l'assister dans la préparation de l'avant-projet, contribuaient à assurer, dès l'origine, l'unité de conception du code civil. En même temps que de maintenir cette unité de conception, la grande préoccupation du Département fédéral de justice et police a été de donner à l'œuvre la plus large publicité.

C'est dans ce but qu'il invitait dès le début les gouvernements cantonaux « à lui faire part de leurs vœux relativement à l'économie des diverses parties de l'œuvre, ainsi que des expériences auxquelles les institutions juridiques de leurs cantons avaient donné lieu » (1). Le Département reçut ainsi un grand nombre de documents, manuscrits pour la plupart. En même temps que ces documents étaient adressés au Département, M. Huber s'assurait, sur chaque question particulière, le concours de ceux qui en connaissaient le mieux les difficultés et étaient le plus intéressés à sa solution ; soit qu'il discutât la question des divisions de biens ruraux laissés par succession dans une conférence des notaires de l'Emmenthal, soit qu'il soumit le texte du chapitre concernant le registre foncier à un conservateur expérimenté, ou qu'il consultât

un tableau quelque peu humoristique des séances d'une Commission de ce genre.

(1) Aperçu des travaux préparatoires concernant le projet de code civil suisse.

des ingénieurs et des inspecteurs des travaux publics pour les parties techniques des chapitres relatifs aux concessions hydrauliques et aux mines.

La publication de l'avant-projet porta l'œuvre à la connaissance du grand public. Aussi bien le Département fédéral de justice et police ne se contentait pas de le publier, il sollicitait la critique de tous ceux qui s'intéressaient à la codification, et priait qu'on lui communiquât « les vœux, observations ou propositions » que l'on pourrait avoir à formuler. Il annonçait en outre la constitution d'une grande commission qui serait chargée de l'examen de l'avant-projet et dans laquelle seraient représentés « tous les intérêts essentiels du pays ». Maintenant que l'on possédait une base solide, rien n'empêchait d'instituer un organe régulier de discussion. Les principes du code étaient suffisamment arrêtés pour qu'on n'eût pas à craindre d'en détruire l'harmonie, et à part quelques grosses questions encore à débattre, il restait surtout à parachever l'œuvre dans ses dispositions de détail.

La grande commission fut composée de trente et un membres et de neuf experts spéciaux. La collaboration des experts fut fort précieuse pour les questions techniques et la mise au point des dispositions en vue de leur application pratique. Les trente et un membres ordinaires étaient pour la plupart des hommes de loi, magistrats, professeurs ou députés. Le concours aux travaux d'un certain nombre de ces derniers, engageait

déjà dans une certaine mesure l'assentiment futur des assemblées auxquelles ils appartenaient, et à ce titre il était habile de se l'être assuré. Mais en dehors des hommes de loi, législateurs, juristes ou praticiens, figuraient dans la commission : le président de l'Union ouvrière suisse, le secrétaire de l'Union suisse des paysans, celui de la Société suisse des arts et métiers, celui de la Société suisse du commerce et de l'industrie, un notaire, un conservateur du registre foncier, un directeur d'asile d'aliénés, et deux directeurs d'importantes maisons de banque. Sa composition ne prêtait par conséquent pas aux critiques justifiées, qui avaient été adressées à la composition de la première commission allemande de rédaction, tout entière composée de juristes purs, et qui rendirent nécessaire la formation d'une seconde commission plus éclectique.

Quant au nombre des membres de cette grande commission qui pour les raisons exposées ci-dessus peut paraître trop considérable, il est juste de faire observer qu'il ne pouvait guère être moindre, pour que tous les intérêts vitaux du pays et surtout les différentes régions y eussent des représentants. Ce nombre n'a d'ailleurs pas empêché les quatre sessions de cette commission (à Lucerne, Neuchâtel, Zurich et Genève) d'être à la fois courtes et bien remplies. Enfin, l'on n'y a discuté que le fonds des questions. Pour la rédaction du projet, le Département fédéral de justice et police est revenu au système de la commission restreinte ; la

commission qu'il en a chargé n'a compris que huit membres dont trois traducteurs français.

Consultation sur chaque matière des intéressés, sollicitation et communication de renseignements, documents et rapports de toute sorte, publication de l'avant-projet, composition large de la grande commission d'experts, réunion de cette commission tour à tour dans quatre différentes villes de Suisse, on voit tout ce qui a été fait pour tenir constamment et partout l'opinion au courant de l'orientation donnée aux travaux, et de leur degré d'avancement. Aussi la popularité de l'ouvrage était elle déjà grande quand le Conseil fédéral le transmet officiellement à l'Assemblée fédérale par son Message du 28 mai 1904.

Ce qu'on pouvait redouter alors, c'était que la discussion parlementaire ne vint détruire l'unité du projet et retarder indéfiniment le vote final. On comprend aisément que dans une assemblée moderne, l'exercice par chacun des représentants élus du peuple de son droit de discussion et d'amendement sur chacun des articles d'une œuvre aussi étendue qu'un code civil, risquerait de la déformer complètement, et exigerait un temps considérable avant d'aboutir à l'adoption définitive.

Il faut que les parlementaires aient la sagesse de sacrifier, dans la préparation d'un code, leurs prérogatives ordinaires. Comme l'a fort bien dit M. Glasson, « il faut qu'un code présente une certaine harmonie

dans ses proportions, que ses dispositions s'enchaînent logiquement les unes aux autres, qu'elles ne s'égarent pas dans les détails, qu'elles présentent entre elles une certaine unité... Croit-on que plusieurs centaines de sénateurs et députés puissent collaborer utilement et directement à sa préparation ? Evidemment non. Le droit d'amendement lui-même ne peut s'exercer qu'avec une extrême discrétion ou doit même être complètement supprimé... C'est qu'en effet une seule modification, même secondaire, est parfois de nature à transformer une loi et à changer son caractère. Le moindre détail se rattache à un principe ou s'en éloigne et peut le compromettre. Un code ne saurait, sous peine de contradiction et d'incohérence, comprendre des dispositions empruntées à des systèmes différents » (1). Au cas même où les députés ne voudraient faire usage de leurs droits que d'une façon raisonnable et sans chercher à changer l'esprit du projet, il est nécessaire, si l'on veut que la discussion ne s'éternise pas, qu'une discipline soit établie à l'avance en vue de limiter le nombre des discours et des observations individuelles.

Croit-on que notre code civil eût pu être voté aussi rapidement, si Napoléon n'avait par une sorte de coup d'État mis un terme à l'opposition systématique du Tribunat (2), et si le Corps législatif n'eût été une assem-

(1) Glasson : *op. cit.*, p. 226.

(2) On sait que Bonaparte, par un sénatus-consulte du 16 thermidor an X, réduisit le Tribunat à cinquante membres, éliminant ainsi ceux

blée muette ne pouvant que rejeter ou adopter en bloc les projets discutés devant elle par les orateurs du Conseil d'État et du Tribunal ?

Nous avons déjà signalé le système original qui fut imaginé en Espagne en 1888 pour obtenir le vote rapide du code civil sans porter atteinte aux principes généraux. Une fois le projet terminé, le ministre espagnol, M. Alonzo Martinez, proposa aux Cortès de s'en tenir à la discussion et au vote d'un certain nombre de « bases fondamentales », qui devraient être respectées et développées par la commission, et de déléguer pour le surplus leur pouvoir législatif au gouvernement. C'est en ce sens que fut votée par les Cortès la loi du 11 mai 1888 dont l'article 8 énumère les vingt-sept « bases » ou principes essentiels du code espagnol.

Sans adopter une solution de principe aussi radicale, les Allemands en 1896 avaient pensé à établir une entente entre les partis, en vue de restreindre la discussion à certains points touchant aux questions politiques, sociales et religieuses. On ne crut pas pouvoir sanction-

des membres de l'Assemblée qui lui étaient hostiles. Il le divisa en outre en trois sections, afin qu'il fût plus facile d'obtenir un avis favorable. Enfin pour s'assurer à l'avance de l'avis du Tribunal, et pour le modifier au besoin, il institua « la communication officielle » par le Conseil d'État au Tribunal du projet élaboré par lui. Le Conseil d'État pouvait ainsi tenir compte des observations du Tribunal, ou même s'entendre directement avec lui, avant la communication officielle du projet par le Conseil d'État au Corps législatif, puis par le Corps législatif au Tribunal.

ner cette méthode par un vote formel, « mais en fait, par suite d'une entente tacite que la sagesse des partis sut respecter, c'est bien à peu près à ce résultat que l'on arriva. Le Reichstag nomma une commission dans laquelle toutes les opinions étaient représentées. C'est là que se fit le travail vraiment utile... Une fois en séance plénière les différents partis s'en tinrent aux solutions discutées et admises par leurs délégués et représentants. La discussion n'eut vraiment que sur quelques grandes questions de caractère social et religieux (1) ». Encore sur ce petit nombre de questions (une dizaine environ) n'y eût-il généralement que huit ou dix orateurs qui prirent la parole.

C'est en somme une semblable méthode qui a été suivie en Suisse. Toutes les discussions importantes eurent lieu au sein des commissions qui se composaient de députés des diverses nuances et des diverses régions. C'est là que furent proposés la plupart des amendements de fonds et des corrections de forme. Aussi en séance la discussion put-elle être rapide. Chaque fois que l'on abordait un nouveau chapitre du code, on entendait deux rapports, l'un du rapporteur de langue allemande, l'autre du rapporteur de langue française, qui commentaient brièvement le texte proposé à l'assemblée et justifiaient les modifications que la commis-

(1) Introduction à la traduction du code civil allemand, publiée par le Comité de législation étrangère, Paris, Imprimerie Nationale, 1904, p. xvii.

sion y avaient apportées. Puis étaient formulées les quelques observations que les députés ne faisant pas partie de la commission pouvaient avoir à présenter. Après quoi l'on votait, soit sur l'ensemble du chapitre, soit au moins sur un groupe d'articles formant un tout. Un très petit nombre de questions firent l'objet d'un débat public de quelque étendue. Le plus souvent les assemblées ratifiaient purement et simplement les corrections proposées par leur commission. Toute question de pure terminologie était renvoyée à la commission, et quand au fonds, il est tout à fait exceptionnel qu'un amendement présenté en séance pour la première fois ait été adopté. C'est ainsi que le code civil put être discuté et voté par le Conseil national et le Conseil des États en moins de trois ans.

On ne saurait trop louer la sagesse et la modération dont les députés suisses ont fait preuve dans cette discussion du code. Chacun, pénétré de l'importance de l'œuvre qu'il s'agissait de mener à terme, a su faire taire ses préférences, ses ambitions et ses rancunes personnelles ; toutes les vieilles rivalités de langue, de civilisation ou de religion se sont apaisées, les partis ont fait trêve ; et grâce à de mutuelles concessions a pu être édifié sur les bases de la tolérances et de la liberté un monument de concorde nationale et de paix sociale. Il est douteux que, si pareille entreprise était tentée aujourd'hui chez nous, nos parlementaires fussent capables de montrer une semblable modération.

CHAPITRE TROISIÈME

TECHNIQUE DU CODE

La technique législative, est la partie du travail de composition de la loi qui consiste à lui donner son ordonnance et sa forme extérieures. C'est plutôt un art qu'une science, en ce sens qu'il est difficile d'en déterminer les règles, qu'elle est surtout affaire d'appréciation individuelle, et comporte des procédés variables suivant les peuples et les civilisations. Aussi la technique est elle un des aspects les plus caractéristiques d'une codification.

Que chaque législateur ait une technique particulière, cela n'est pas surprenant. Une technique correspond toujours à une certaine conception de la forme extérieure de la loi et des qualités qu'elle doit présenter. Or l'on ne s'accorde nullement sur les qualités de forme qui conviennent à la loi. Tout le monde reconnaît bien que la qualité essentielle de la loi c'est la clarté, mais les législateurs n'entendent pas la clarté de la même façon et surtout ne prétendent pas y atteindre par les mêmes procédés.

A quels signes tout d'abord reconnaitra-t-on qu'une loi est claire ? Suffit-il pour qu'une loi soit claire que l'intention du législateur y apparaisse nettement, que ses dispositions ne soient pas équivoques et ne présentent pas de difficultés d'interprétation pour le juriconsulte et pour le magistrat ? Jusqu'ici, c'était, semble-t-il, à ce criterium que l'on s'en tenait. On disait que la loi était claire quand le juge ou le juriste la jugeaient telle. Le législateur suisse est plus difficile et ne pense pas que ce soit suffisant. La loi, à ses yeux, n'est réellement claire que quand, non seulement ce que l'on appelle les « homme de loi », mais encore tous les citoyens intelligents peuvent la comprendre, à première lecture.

Comparant la doctrine à la législation, M. Huber écrit dans l'exposé des motifs : « La doctrine s'adresse aux spécialistes, et il lui suffit d'être intelligible pour eux. Il n'en est pas de même de la législation..... La loi s'adresse à tous ceux qui sont soumis à son empire. Les commandements du législateur doivent, dès lors, dans la mesure où cela est compatible avec la matière traitée, être intelligibles pour chacun, ou du moins pour les personnes qui sont tenues, de par leur profession, à se familiariser avec le droit. Les règles établies doivent avoir un sens même pour le profane, ce qui n'empêchera pas le spécialiste de leur découvrir toujours un sens plus étendu ou plus profond que le profane. C'est là ce que l'on entend par les mots de législation

populaire (1). » Et plus loin, accentuant encore sa pensée, M. Huber ajoute : « En ce qui concerne la langue, l'idée dominante est que le projet devrait être intelligible pour tous (2). »

Quelque légitime que soit cette prétention dans un État démocratique comme la Confédération suisse, nous devons avouer qu'elle nous paraît quelque peu chimérique. Monstesquieu, il est vrai, l'avait déjà émise. « Les lois, disait-il, ne doivent point être subtiles : elles sont faites pour des gens de médiocre entendement ; elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille (3) ». Et après lui, Cambacérès et Portalis pensaient eux aussi que la loi doit être simple et accessible à tous comme une notion de conscience. Mais ce dernier n'a pas tardé à reconnaître, que la loi ne peut tout simplifier ni tout prévoir, que son office est de fixer les maximes générales du droit, et d'établir des principes féconds en conséquences, conséquences que sauront seuls déduire ceux qui vivent dans la pratique quotidienne des textes ; qu'en un mot le code le plus simple n'est pas à la portée de toutes les classes. Pour en revenir au code suisse, nous verrons dans quelle mesure ses auteurs ont réussi à en enfermer les dispositions dans des formules accessibles à tous, mais ont voit déjà que

(1) Exposé des motifs, p. 40.

(2) *Ibid.*, p. 12.

(3) *Esprit des lois*, liv. XXIX, chap. xvi.

leur conception spéciale de la clarté législative les entraînait à une technique nouvelle.

Qu'on entende la clarté au sens traditionnel ou au sens plus spécial du législateur suisse, ce sont surtout les moyens de rédiger clairement la loi qui sont controversés. Le législateur doit-il procéder par principes ou par exemples, poser des règles abstraites ou donner la solution de cas concrets, se contenter de formules générales, ou entrer dans tous les détails de l'application ? L'une et l'autre méthode a ses partisans et l'une et l'autre a été mise en pratique. Nous pouvons pour les faire connaître nous borner à indiquer les caractères techniques du code civil français et du *Bürgerliches Gesetzbuch* qui participent de l'une et de l'autre, et qui ont été les deux principaux modèles du code civil suisse.

Il n'est pas besoin d'étudier longtemps notre code civil pour voir à quel type technique de législation il se rattache. « Les généralisations y restent rares et prudentes. Les faits y tiennent plus de place que les idées. C'est à peine si l'on peut citer quelques dispositions fort peu nombreuses, qui fassent allusion à des fictions ou à des conceptions doctrinales en vue d'en prescrire implicitement les conséquences (1). Presque toujours les institutions juridiques sont envisagées dans leur vie pratique et réglées simplement par leurs côtés

(1) Par exemple, les articles 739 et 883.

les plus saillants..... Les rédacteurs de notre code paraissent avoir voulu principalement trancher les difficultés que leur révélait leur expérience de praticiens..... sans prétendre à une plénitude de réglementations qui défiât les surprises de l'avenir (1) ». Ils posent fort peu de principes et se contentent de résoudre un petit nombre de cas particuliers. Aussi laissent-ils à la jurisprudence une tâche lourde et difficile. Le juge doit constamment raisonner par analogie, et, partant des quelques cas résolus, rechercher ce que le législateur aurait décidé dans d'autres non prévus qui se présentent dans la pratique. Il lui faut employer sans cesse les dangereux arguments *a pari* et *a contrario*, et « procéder toujours par la méthode inductive, mais dans de mauvaises conditions, parce que la base de l'induction n'est pas assez large (2) ». Notre législateur a fait trop peu, ce qui laisse au juge trop à faire. C'est là un grave défaut, parce que la jurisprudence varie et qu'elle ne peut jamais apporter dans ce travail d'extension juridique la même unité de vues que le législateur qui a réglé l'ensemble. Le code français est trop casuistique et pas assez systématique.

(1) Fr. Génv : La technique législative dans la codification civile moderne, dans : Le code civil. *Livre du centenaire*, Paris, Arthur Rousseau, 1904, p. 1012.

(2) R. de la Grasserie : Introduction à la traduction du code civil allemand. *Collection des codes étrangers*, Paris, Pedone, 1897, p. xxvi.

Peut-être d'ailleurs cette insuffisance de principes est elle une des raisons de sa longue destinée. Certains auteurs, loin d'y voir comme nous un défaut, la regardent comme un avantage. « Ce qui a fait la force du code Napoléon, écrit M. Planiol, c'est que ses auteurs n'ont pas profité de l'occasion qui s'offrait à eux pour glisser dans la loi leurs idées particulières, et pour nous donner un code fait à l'image de leur esprit : leur code a duré parce qu'il était impersonnel, et exempt de toute idée tendancieuse. Rien ne vieillit si vite que les systèmes doctrinaux... Je dirais volontiers que le défaut de développement des principes dans les textes est un bien, parce qu'il laisse le champ libre aux opinions qui se succèdent. Un code bref réservé sur les points de doctrine, aura toujours plus de souplesse et par conséquent plus de durée qu'un code qui se plait dans les abstractions et qui développe avec prolixité les formules des principes généraux (1). » Cet avantage incontestable de faciliter l'évolution du droit qui résulte du défaut de principes dans le code Napoléon, ne compense pas, à notre sens, les difficultés d'interprétation qui en sont la rançon. Aussi ne saurions nous nous rallier à l'opinion de M. Planiol. Mais sans aller jusqu'à dire comme lui que le défaut de développement des principes dans la loi est un bien, du moins dirions nous

(1) M. Planiol : Inutilité d'une revision générale du code civil, dans le *Livre du centenaire*, déjà cité, p. 960.

volontiers, qu'au point de vue du progrès juridique c'est un moindre mal que l'exagération de la tendance systématique.

Ce serait plutôt dans ce dernier défaut que seraient tombés les Allemands. A l'inverse du code Napoléon, le code allemand fait aux principes une place considérable. Le législateur allemand s'attache à les choisir aussi généraux, larges et compréhensifs que possible, afin d'en pouvoir tirer des solutions applicables à tous les cas qui peuvent se présenter. Il cherche à prévoir le plus grand nombre possible de ces cas, de façon à les résoudre lui-même dans le texte législatif par application des principes. Et ce besoin de tout réglementer à l'avance jusque dans les détails l'oblige à utiliser tout un appareil de définitions, de distinctions, de restrictions et d'exceptions, qui conviendrait mieux à un ouvrage de doctrine qu'à un code. Que d'ailleurs le législateur tire lui-même les conséquences de ce principe ou qu'il laisse ce soin au juge, c'est la méthode déductive, et non plus la méthode inductive française, qui s'impose à l'un comme à l'autre.

Le système allemand est assurément d'une technique beaucoup plus savante et rigoureuse que le système français, mais il invite trop souvent à faire rentrer de gré ou de force les faits concrets dans un cadre de principes préconçus, pour la seule satisfaction logique. Une législation qui accorde une pareille importance à l'élément logique, revêt facilement une forme abstraite

et doctrinaire, dont n'est pas exempt le code allemand, même dans son dernier état. Comme en outre une rédaction de ce genre prétend prévoir toutes les hypothèses et les enserrer dans ses formules, elle est d'une texture trop rigide pour se prêter aux innovations jurisprudentielles.

Le code français nous ayant paru trop casuistique, et le code allemand trop systématique, serait-ce qu'il y a là deux tendances contradictoires, et qu'il est impossible de faire place dans un code à la fois aux règles abstraites et aux solutions de cas concrets ? Nous ne le pensons pas. Rien n'empêche au contraire de composer un code qui soit à la fois systématique et casuistique. Le rédacteur d'un pareil code s'attachera à donner la solution des cas concrets déjà connus et des espèces faciles à prévoir, de façon à réduire et faciliter autant que possible la tâche de l'interprète. Mais comme il ne pourra jamais imaginer toutes les situations susceptibles de se réaliser, il se gardera de bannir de la loi les formules générales, les règles de principes qui suppléeront, le cas échéant, au défaut de solution particulière. Il veillera seulement à ce que ces règles ne soient pas de pures références à des conceptions doctrinales que le texte légal ne doit pas laisser transparaître, et à ce qu'elles conservent toujours la forme impérative qui seule convient aux dispositions législatives.

Est-ce ainsi qu'a été rédigé le code suisse ? Il semble en effet se rapprocher du type de législation dont nous

parlons, car il est moins exclusivement casuistique que le code français et moins exclusivement systématique que le code allemand. L'exposé des motifs de l'avant-projet est un précieux document pour nous éclairer à cet égard. Le professeur bernois y distingue nettement le rôle de la loi de celui de la doctrine. « La forme même, observe-t-il, des dispositions légales ne pourra ni ne devra démentir leur caractère impératif, tant et si bien qu'on se gardera de suivre les méthodes de la doctrine et d'aspirer au manuel scientifique (1). » Les préceptes juridiques ne revêtiront donc jamais dans son œuvre la forme abstraite ou doctrinaire. Il ne méconnaît pas l'utilité des règles générales qu'il affirme à plusieurs reprises (2), mais il est convaincu qu'il ne faut pas chercher à en établir à tout prix « que les faits ne se prêtent guère à ces généralisations, veulent être pris individuellement, et exigent un traitement approprié à leur nature particulière », et qu'en somme « la législation ne peut généraliser qu'en tant que cela est compatible avec les circonstances (3) ». C'est dire que, s'il

(1) Exposé des motifs, p. 7.

(2) « Dans un travail de synthèse, le législateur soumettra autant que possible de nombreuses éventualités à une règle générale, cette méthode n'eût-elle pour effet que d'alléger le texte de la loi. » Exposé des motifs, p. 8. Cf. « Sans doute, il faut estimer hautement la méthode qui consiste à procéder du particulier au général ; il faut viser résolument à la simplification de la loi, quand cela est possible, par l'institution de règles générales, et en tant qu'on peut réellement se passer de dispositions spéciales. » *Ibid.*, p. 21.

(3) Exposé des motifs, p. 8.

cherche à présenter les matières d'une façon rationnelle et logique, il ne se croit pas obligé de les faire rentrer coûte que coûte dans le cadre de systèmes rigoureux. De là, « cet abandon voulu et calculé dans la technique, ou plutôt cette technique d'un nouveau style qui met le projet suisse à l'opposé des législations casuistiques et le spécifie comme un schéma de directions juridiques, plutôt que comme un ensemble de prescriptions destinées à régenter tous les rapports de droit (1) ».

Deux considérations dominant et expliquent cette technique particulière de l'œuvre suisse. C'est d'abord l'idée à laquelle nous avons déjà fait allusion, de rédiger une loi populaire et accessible à tous. C'est ensuite le sentiment très vif chez ses auteurs de l'insuffisance inhérente à toute législation codifiée et de la nécessité de laisser à la jurisprudence la possibilité de la compléter et de la rectifier. Avant que le code ne vint par un article spécial reconnaître au juge un pouvoir propre à l'effet de combler les lacunes de la loi (2), M. Huber se réclamait déjà de cette conception, quand il disait dans l'exposé des motifs, pour justifier l'avant-projet de ne pas séparer par des différences formelles les règles impératives des simples dispositions légales : « Nous estimons qu'il ne serait guère avantageux que le législateur enlevât sur ce point toute liberté d'inter-

(1) Génv : *op. cit.*, p. 1030.

(2) Article 1^{er}, alinéa 2

prétation à la jurisprudence. Les appréciations peuvent varier, pendant la durée d'existence de la loi, relativement au caractère permissif d'un texte et aux exigences de la morale publique, et ce serait une erreur que de rédiger la loi de telle sorte qu'il fût impossible aux tribunaux de suivre l'évolution des idées sans revision du texte légal... Lorsque le législateur entend conférer à une disposition une portée impérative absolue, il doit le dire. S'il ne le dit pas, la question sera résolue selon l'esprit de l'époque (1). » Souci de créer un droit populaire, et préoccupation de ménager au progrès juridique l'accès éventuel du code, telles sont à notre avis les deux considérations qui expliquent, s'ils ne la justifient pas, l'adoption par le législateur suisse de procédés techniques larges et souples, mais peut-être insuffisamment scientifiques.

L'ordonnance systématique est toujours sacrifiée par le rédacteur suisse à la recherche d'une parfaite intelligibilité. Aussi, chaque fois qu'il lui semble qu'il y a avantage pour la clarté à ne formuler que des règles particulières, il laisse délibérément de côté le principe général. « Lorsque, dit-il, le législateur sacrifie le principe général à un besoin d'intelligibilité immédiate et n'édicte de règle que pour des espèces déterminées, on doit laisser au juge, interprétant largement la loi, le soin de découvrir le principe général contenu dans la règle

(1) Exposé des motifs, p. 14.

particulière et d'en déduire, pour d'autres cas, la solution correspondant à cette règle (1). » Il laisse ainsi la porte ouverte au raisonnement par analogie qui permettra l'extension des dispositions légales à des hypothèses qu'il n'a pu prévoir. Au reste, il n'a pas, comme le législateur allemand, la prétention de résoudre à l'avance toutes les difficultés qui pourront surgir. Il comprend bien que cette prétention ne pourrait être satisfaite qu'au préjudice de la simplicité de la loi, et serait par suite incompatible avec l'allure populaire qu'il entend donner au code. Il considère avec Portalis que « ce serait une erreur de croire qu'il pût exister un corps de loi qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen (2). »

M. Génv, auquel nous avons emprunté la plupart des idées précédentes, marquait déjà excellemment l'originalité technique de l'avant-projet suisse en le rapprochant du code allemand : tandis, disait-il, que le code allemand « s'attache à saisir fortement et pleinement les situations de fait qu'il envisage, pour les régir jusque dans leurs variétés les plus subtiles, par un réseau fortement tissé de dispositions qui se complètent et se modifient les unes les autres, multipliant les exceptions, les réserves, les tempéraments, l'avant-

(1) Exposé des motifs, p. 40.

(2) Discours préliminaire.

projet suisse se contente généralement de tracer dans une formule large et souple la direction fondamentale que le législateur entend assigner aux institutions juridiques privées, en signalant sommairement les atténuations nécessaires, mais sans pénétrer profondément les menus détails de la mise en œuvre (1) ». Ce que M. Gény disait de l'avant-projet serait aussi vrai du projet et du texte définitif, et c'est la même impression que l'on conserve de leur étude.

Après ces considérations générales sur la physionomie technique du code suisse, nous pouvons en examiner plus en détail la forme extérieure.

Un de ses caractères formels les plus frappants est sa grande concision. Cette concision paraît avoir été la principale préoccupation des rédacteurs du code au cours de leurs travaux. M. Huber se félicitait déjà dans l'exposé des motifs de l'avoir réalisée. « Si l'on jette, dit-il, un coup d'œil sur le projet, ceci en apparaîtra comme l'une des particularités extérieures les plus originales : il dit tout brièvement. Et cette brièveté n'est pas un leurre ; on n'a pas, comme dans d'autres œuvres similaires, compensé le petit nombre des articles par leur longueur ; le projet est court absolument et relativement (2). » C'est avec la même satisfaction qu'était constatée par le Message du 28 mai 1904 la

(1) Gény : *op. cit.*, p. 4029.

(2) Exposé des motifs, p. 47.

concision du projet : « Notre projet, avec ses 1015 articles, excède les limites dans lesquelles se sont maintenues la plupart des codifications cantonales. Nous n'en devons pas moins veiller à ce que la loi ne pèche point contre l'idéal de concision qui est celui de toute législation populaire, et nous espérons y avoir réussi grâce à l'importance que nous accordons à une distribution claire et systématique des matières. On pourra se convaincre dans le droit des successions, dans le gage immobilier, dans la tutelle, que notre projet n'est pas sensiblement plus long que les codes cantonaux ; il n'est pas rare qu'il soit même plus bref, quoique sur bien des points, nous soyons entrés dans plus de détails afin d'être moins incomplets que les codifications ou lois spéciales des cantons (1). » Quant au texte définitif, il est encore plus condensé que celui du projet, puisqu'on est arrivé à le réduire à moins de mille articles (977).

Le motif de cette recherche de la brièveté nous est indiqué par le Message ; c'est que la concision est l'idéal d'une codification populaire, comme la codification suisse : un texte législatif n'est populaire, c'est-à-dire facile à comprendre, que s'il est bref. Cette opinion des rédacteurs suisses nous paraît très sujette à controverse. C'est l'argument continuellement invoqué à l'appui de la brièveté des lois que le besoin qu'elles soient claires. Or que la brièveté contribue à la clarté de la

(1) Message du 28 mai 1904, p. 40.

loi, rien n'est moins certain, et personnellement nous serions disposés à penser le contraire.

La brièveté de la loi peut s'obtenir, soit par la concision de chaque article en particulier, soit par la condensation des matières en un nombre restreint d'articles, soit enfin par la combinaison des deux procédés, De ces procédés, le premier nous paraît absolument légitime, et nous n'entendons nullement contester qu'on doive chercher à rédiger chaque article de la façon la plus concise; encore est-il à craindre que cette concision ne s'obtienne au détriment de la simplicité et de la clarté et ne rende le sens de l'article assez obscur. Mais la brièveté qui surtout nous paraît fâcheuse, c'est celle dont le principe est la réduction au strict minimum du nombre des dispositions légales. Nous sommes convaincus que, loin de faciliter la compréhension de la loi, cette concision-là ne fera qu'accroître l'embarras de l'interprète, *à fortiori* du simple citoyen, s'il en est d'aventure, qui tentera de s'initier à la connaissance du droit auquel il est soumis. « Une loi concise ne sera jamais comprise aussi facilement qu'une loi plus développée (1). » C'est un professeur suisse qui l'a dit, et nous soutenons avec lui « qu'il convient d'augmenter sensiblement le nombre des propositions maintenues toutes brèves, dont les lois sont composées » (2).

(1) E. Roguin : *op. cit.*, p. 407

(2) E. Roguin : *ibid.*, p. 406.

Le code civil suisse en particulier aurait souvent gagné, à notre sens, à être plus explicite et sa concision n'est nullement pour nous un sujet d'admiration. Reste à savoir si, comme le pensent ses rédacteurs elle en rendra la lecture plus attrayante et plus abordable aux hommes du peuple. Ici nous devons avouer notre scepticisme. Nous croyons que la loi la plus simple exige pour être comprise une certaine préparation, qui fait défaut au plus grand nombre, et nous doutons que l'on voit fréquemment le code suisse entre les mains des ouvriers du Jura bernois ou des pasteurs de l'Emmenthal. En tout cas, s'il est exact que la loi suisse soit plus simple et plus claire qu'une autre, il faudrait prouver qu'elle le doit à sa concision.

1 C'est plutôt grâce au style qu'il a adopté, que le législateur suisse nous paraît avoir réussi à donner au code un caractère simple et populaire. L'ouvrage laisse, au moins à la première lecture, une impression séduisante de facilité et de limpidité. L'emploi d'une langue très usuelle et d'une terminologie très simple donne au texte du code un aspect inattendu et qu'on s'étonne de rencontrer dans une œuvre législative. Ici encore, on nous permettra pour en mieux faire sentir l'originalité, de nous reporter aux deux principaux antécédents du code suisse, le code Napoléon et le *Bürgerliches Gesetzbuch*. Après avoir rappelé brièvement les caractères de leur style, il nous sera plus aisé d'indiquer ceux du style législatif suisse.

Notre code civil possède les qualités littéraires inhérentes à toute production de l'esprit français ; il est d'un style généralement facile, élégant et léger. Loin de nous l'idée de méconnaître le prix de ces qualités dont la loi ne saurait pas plus se passer qu'aucune autre œuvre rédigée ; mais on admet aujourd'hui qu'un texte législatif requiert d'autres qualités, d'ordre proprement technique, et qui font le plus souvent défaut dans le code Napoléon pour la simple raison que ses rédacteurs les ignoraient totalement. Ils ont apporté à la composition du code toute leur conscience, mais ils en ont entrepris la rédaction, sans aucun principe technique. La science ou si l'on préfère l'art de la technique législative était à cette époque tout à fait inconnu. Il n'est donc pas étonnant que la rédaction du code ait été absolument empirique (1). Ce qui au contraire étonne, quant on a étudié à ce point de vue le code civil de 1804, c'est que, comme l'a fort bien dit M. Gény « sans procédés préconçus et même sans effort visible de rédaction raisonnée et méthodique, il soit arrivé *« comme de chic »* et grâce à l'habile doigté de ses auteurs à mettre en circulation, sous le vêtement d'une langue naïve et humaine, et à faire autant aimer du citoyen que goûter du juriste les idées juridiques les plus pleines, les plus

(1) C'est ce caractère empirique de la technique française qui faisait dire à Savigny, non sans méchanceté, que les rédacteurs du code Napoléon « écrivaient comme des dilettantes ».

fécondes (1) ». Si, suppléant au défaut de méthode, le talent et l'adresse des rédacteurs ont réussi à donner à la loi un tour exceptionnellement heureux il était cependant inévitable que cette absence de méthode se fit sentir. Il en est en effet résulté en plus d'un point du code une grande imprécision, de l'obscurité et des lacunes. Les prescriptions ne sont pas suffisamment nettes, et les constructions de phrase prêtent quelquefois à l'équivoque. Il est généralement impossible de savoir quelle est au juste la portée de la disposition légale, si elle est impérative, prohibitive, ou simplement permissive. Mais c'est principalement la terminologie du code français qui est défectueuse. La signification des mots n'est nullement déterminée. Il en est qui sont employés tour à tour et quelquefois dans une même phrase, avec des acceptions différentes. D'autres, de sens cependant bien distinct, sont employés indifféremment pour désigner une même notion (2). Cette terminologie incertaine et flottante a soulevé une foule de difficultés d'interprétation, et a suscité des controverses qui durent encore.

Le code allemand de 1896 a été, à l'inverse du code français, rédigé selon une méthode technique, savante

(1) Gény : *op. cit.*, p. 1014.

(2) Les exemples sont nombreux de cette incertitude terminologique. Bornons nous à citer la confusion, et l'emploi constant les uns pour les autres, des mots : convention (accord juridique quelconque), contrat (convention productrice d'obligations) et obligation.

et rigoureuse. Son style n'a pas l'élégance naturelle du style législatif français, il est généralement lourd et aride, et n'est pas dénué de quelque prétention. Aussi la lecture de ses dispositions est elle le plus souvent pénible et peu attrayante (1).

En revanche la langue en est d'une rigoureuse précision, et la terminologie d'une remarquable fixité. Les rédacteurs allemands ont réussi, par l'emploi de certaines tournures grammaticales ou de certaines formes de syntaxe dans des cas bien déterminés à marquer toutes les nuances de la pensée législative. C'est ainsi qu'il est possible de discerner la portée d'un article rien qu'à sa construction, un jeu habile de formules permettant de distinguer par exemple les dispositions prohibitives des dispositions impératives ou simplement permissives. Les rédacteurs allemands ont même été jusqu'à prétendre donner dans la forme seule de leurs prescriptions une indication de la personne à qui incombera le fardeau de la preuve. Ils ont imaginé dans cette ordre d'idée des raffinements techniques aussi multiples que variés.

Quant à la terminologie proprement dite, elle est dans le *Bürgerliches Gesetzbuch* d'une précision et d'une ri-

(1) Il faut signaler à ce propos l'abus, dans le code allemand, des renvois d'article à article qui sont particulièrement fatigants pour le lecteur, parce qu'ils l'obligent à feuilleter sans cesse tout le code. Ce défaut est d'autant plus sensible que l'on renvoie dès le début à des articles qui se trouvent à la fin.

gueur absolue. S'il est possible de distinguer les termes définis légalement de ceux qui ne le sont pas, on peut cependant dire que tous les mots du code allemand « visent à une portée technique » (1). Ils ne sont jamais employés à la légère, mais toujours, soit dans leur sens légal, soit dans un sens usuel non équivoque.

Il faut avouer qu'il n'est pas toujours facile de se reconnaître dans cet appareil compliqué de termes, de formules et de constructions techniques qui rendent l'étude du code allemand fort ardue. Ces textes savants déconcertent au premier abord, mais si l'on veut bien prendre la peine d'en pénétrer complètement le sens, on est certain d'y trouver enfermées des notions précises et solides. En somme, la technique du code allemand, indépendamment des services qu'elle peut rendre à l'interprétation « produit une impression de méthode, de raideur, de conséquence logique, qui, si elle peut inquiéter parfois la sensibilité, ne laisse pas que de séduire fortement l'esprit » (2).

Le soin qu'il a pris de conserver à son œuvre un tour populaire a empêché le législateur suisse d'importer dans son pays les procédés savants de la technique allemande. Les introduire dans son code, c'eût été en interdire l'usage à la majorité de la population suisse. Aussi a-t-il préféré à des textes élaborés savamment

(1) Saleilles : Introduction à l'étude du droit civil allemand, p. 412.

(2) Gény : *op. cit.*, p. 4027.

une rédaction aisée, des formes naturelles et spontanées.

L'Exposé des motifs de l'avant-projet nous renseigne parfaitement sur les idées du rédacteur à cet égard. Il s'est servi en principe des termes et des tournures du langage courant, cherchant plus à obtenir l'intelligibilité immédiate qu'une rigoureuse précision. Les articles du code sont courts (rarement plus de trois alinéas) et les alinéas « toujours assez brefs pour qu'une personne même peu habituée à consulter des lois puisse se rendre compte à première vue de leur contenu » (1). On a évité autant que possible de faire des renvois, quitte à y suppléer en cas de nécessité par une phrase claire donnant le contenu du renvoi. Des rubriques marginales qui font partie intégrante du texte et contribuent à l'alléger, éclairent à tout moment le lecteur et facilitent ses recherches. Un ordre constant est observé dans l'exposé des matières, les règles générales venant en premier lieu « puis les prescriptions concernant la constitution et l'extinction d'un rapport de droit, et enfin celles qui en régissent les effets » (2). On voit tout ce qui a été fait, en vue que le code fût d'un maniement et d'une lecture faciles.

Cependant le rédacteur suisse n'ignorait rien des principes de la science technique, si strictement obser-

(1) Exposé des motifs, p. 12.

(2) *Ibid.* p. 13.

vés par les Allemands ; et, si l'allure populaire qu'il entendait donner à la loi ne lui permettait pas de s'y conformer aussi rigoureusement, il s'est du moins gardé de tomber dans l'imprécision et l'incertitude technique de notre code.

Il a senti la nécessité de consacrer « une langue conventionnelle et plus ou moins ésotérique » (1). Il a pris soin de « désigner toujours par les mêmes termes les notions qui se répètent ». Cependant, ajoute-t-il tout aussitôt, montrant par là qu'il ne s'est pas imposé de règle technique absolue, « il ne faudrait pas en inférer que toujours une formule différente offre nécessairement un sens différent » (2). De même il a constamment « cherché à exprimer sous la même forme les idées qui revenaient fréquemment » (3). Et pour répondre immédiatement au reproche de monotonie qui pourrait lui être adressé, il déclare que cette apparence de monotonie lui « a semblé un mal moins grand que l'incertitude sur le sens même de la loi » (4). Nous avons vu que, dans une sage conception de la destinée de son œuvre et pour ne pas en interdire à l'avance les transformations éventuelles, il s'est refusé à indiquer de façon invariable la portée des dispositions législatives, estimant que sur ce point « les appréciations

(1) Exposé des motifs, p. 14.

(2) *Ibid.*, p. 14.

(3) *Ibid.*, p. 14.

(4) *Ibid.*, p. 14.

peuvent varier pendant la durée d'existence de la loi » (1). C'est pour la même raison qu'il a cru pouvoir renoncer « à marquer, par le choix entre diverses formules plus ou moins synonymiques, par exemple entre le verbe auxiliaire « doit » et le verbe au futur, une distinction expresse entre les prescriptions de droit absolu et celles de droit positif » (2). Sur tous ces points, sa technique assurément moins savante que celle du législateur allemand, est infiniment plus souple et permettra sans doute au code civil suisse de supporter victorieusement l'épreuve du temps.

S'il y a dans cette élasticité de la rédaction suisse un avantage incontestable, il faut cependant reconnaître qu'elle entraîne en beaucoup d'endroits une regrettable imprécision de langage et une grande incertitude terminologique. « Autant, disait M. Gény de l'avant-projet, il apparaît d'abord d'une intelligence aisée dans son ensemble, aussi peu il permet de pénétrer d'une façon quelque peu précise, les détails du système juridique, dont il se borne à exquissier les grandes lignes » (3). A cet égard, le projet fédéral de 1904 et surtout la rédaction définitive laissent sans doute moins à désirer que l'avant-projet, mais ils révèlent encore une grande insuffisance technique. Il serait, il est vrai, injuste d'en faire obstinément grief aux auteurs du code, puisqu'ils

(1) Exposé des motifs, p. 14.

(2) *Ibid.*, p. 14.

(3) Gény : *op. cit.*, p. 1034.

ont sciemment sacrifié la préoccupation technique au souci de l'immédiate intelligibilité.

Il faut donc nous placer sincèrement à leur point de vue et nous demander s'ils ont atteint le but qu'ils se proposaient et réussi à rédiger un code intelligible à tous. Nous avons déjà fait nos réserves sur ce point. Il ne suffit pas, à nos yeux, de comprendre le sens littéral d'un texte législatif, il faut en outre en pénétrer le sens juridique ; et c'est ce dernier sens qui, nous le craignons, échappera le plus souvent au lecteur auquel la pratique de la loi n'est pas familière. Au reste, ce n'est pas une raison pour méconnaître l'effort méritoire du législateur suisse en vue de mettre le contenu intime de la loi à la portée de tous. La forme naïve et simple qu'il a adoptée facilite singulièrement la lecture de son ouvrage, et sera aussi appréciée du juriste que du simple citoyen.

Quelques observations nous restent à faire sur la forme extérieure du code. Elles ont trait à la méthode qui a été employée pour rédiger les trois textes allemand, français et italien.

La commission de rédaction du code civil a déclaré, dans son rapport aux Chambres du 20 novembre 1907, qu'aucun des trois textes « ne saurait être envisagé comme une simple traduction », et qu'ils ont tous la valeur de textes originaux. Mais il ne faudrait pas se méprendre sur le sens de cette déclaration. Elle signifie simplement que la même autorité et la même force

impérative est attachée à chacun des textes, et qu'il devra en être fait usage dans les pays auxquels ils sont respectivement destinés, sans qu'il soit possible au juge ou aux plaideurs de tirer argument de prétendues erreurs de traduction. En réalité, il n'y a qu'un texte original, c'est le texte allemand.

La rédaction de l'avant-projet ayant été confiée à un savant, de langue allemande, c'est un texte allemand qui a d'abord été rédigé, puis traduit en français; on a opéré de même pour le projet et le texte définitif (1).

La langue française étant plus claire et concise que la langue allemande, peut-être eut-il été préférable de procéder comme on l'avait fait pour la loi du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes, et de commencer par rédiger le texte français. La rédaction de l'avant-projet étant confiée à M. Huber, on ne pouvait y songer. Deux ou trois jurisconsultes, auxquels les deux langues sont également familières, MM. Contat, Virgile Rossel et Mentha, ont été chargés de la traduction française, et il faut reconnaître qu'aussi bien pour l'avant-projet que pour le projet ou le code lui-même, leur traduction est très satisfaisante. Cette traduction a d'ailleurs été faite d'une façon judicieuse et large. On s'est préoccupé d'établir une concordance de textes aussi grande que possible. « Néanmoins, l'on n'a pas

(1) A notre connaissance, le texte définitif a seul été traduit en italien. Il n'y a pas eu d'éditions officielles en langue italienne de l'avant-projet ni du projet.

toujours traduit littéralement ; on y a renoncé partout où la littéralité n'aurait pu être obtenue qu'au détriment de la langue, et où une stricte concordance des textes ne paraissait présenter aucun intérêt (1). »

Au sujet du génie particulier des deux langues française et allemande, et de leur aptitude au style législatif, M. Huber fait les intéressantes observations suivantes : Les délibérations auxquelles a donné lieu l'avant-projet ont en général démontré l'exactitude de cette idée fréquemment exprimée : c'est que la nécessité de songer à la traduction a beaucoup contribué à rendre plus précises les formules allemandes elles-mêmes. On ne saurait nier que la langue française, grâce à la clarté et à la simplicité de sa syntaxe, se prête souvent mieux que l'allemand à la rédaction des lois. » Cet aveu est précieux sous la plume d'un savant de culture germanique. « Mais, ajoute M. Huber avec non moins d'exactitude, pour les vocables pris isolément, nous avons constaté que le génie de la langue française répugne souvent à définir des notions qu'il juge suffisamment explicites, tandis qu'en allemand la brève formule française semblerait dépourvue d'exactitude. Aussi le travail de traduction a-t-il plus d'une fois obligé à de mutuelles concessions. Dans la mesure du possible, la formule succincte requise par la langue française a été également admise pour le texte alle-

(1) Exposé des motifs, p. 14.

mand ; ainsi, par exemple, dans la locution « celui qui a intérêt » (*wer ein Interesse hat*), la langue allemande voudrait ici une désignation plus complète : un intérêt de droit, un intérêt important, un intérêt suffisant. Le français dit simplement : tout intéressé. Nous avons dû convenir qu'aucun des qualificatifs précités n'était vraiment utile... et nous nous sommes décidés en conséquence à employer dans le texte allemand comme dans le texte français le mot « intérêt » sans autre adjonctions. Il en est de même dans plusieurs autres cas. Mais il s'est présenté des cas tout aussi nombreux dans lesquels nous n'avons pu nous résigner à une brièveté fâcheuse pour le sens même de telle ou telle formule ; c'est alors le texte français qui a dû s'adapter à l'allemand, à moins qu'on n'ait cru pouvoir y tolérer une équivalence seulement approximative. Dans les droits réels et dans quelques autres domaines, le traducteur a dû choisir ou même créer une série de termes nouveaux pour désigner des notions que la langue juridique française ignore encore ou ne connaît plus (1). » Ces considérations justifient pleinement l'emploi de certains termes inusités en France et qui pourraient surprendre le lecteur non averti. Elles excusent également les imperfections, inévitables dans toute traduction, qu'il serait encore possible de relever dans le texte français du code.

(1) Exposé des motifs, p. 15.

Quant au texte italien, il a été rédigé lui aussi avec le plus grand soin. Nous sommes incapables de nous prononcer sur son mérite ; mais la rédaction, au dire des gens compétents, en serait particulièrement heureuse.

CHAPITRE QUATRIÈME

PLAN DU CODE

Le code civil suisse, tel qu'il a été voté par l'Assemblée fédérale le 10 décembre 1907, est divisé en quatre livres, qui sont consacrés le premier au droit des personnes, le second au droit de la famille, le troisième au droit successoral et le quatrième aux droits réels. Il comprend en outre un titre préliminaire et un titre final. Enfin le droit des obligations, qui a jusqu'ici fait l'objet d'un code indépendant doit y être incorporé prochainement après quelques remaniements indispensables. Il formera le cinquième livre du code (1). Le plan du code civil suisse, conforme à celui des plus récentes codifications cantonales (Zurich et Argovie, notamment) diffère sensiblement de celui des autres codes européens, non seulement de celui du code Napoléon, mais aussi de celui du *Bürgerliches Gesetzbuch*.

(1) C'est dans ce but que l'on a donné au titre final une numérotation spéciale (art. 4 à 63), afin que le livre des obligations pût être placé facilement après le livre des droits réels (art. 978 et suivants) mais avant ce titre final.

L'ordonnance du code Napoléon est assez défectueuse et a été justement critiquée. Les matières les plus disparates y sont traitées sous un même titre, et des institutions sans aucun caractère commun étudiées dans un même chapitre. C'est ainsi que le livre premier traite confusément des personnes, du mariage (un contrat), du droit de la famille et des incapacités ; que le troisième livre « des différentes manières d'acquérir la propriété » est un assemblage de matières tout à fait hétérogènes ; qu'il y est traité, sous ce titre qui éveille l'idée de droit réel, de la manière dont on devient créancier, c'est-à-dire d'un droit personnel ; que la théorie générale des actes juridiques n'est pas dégagée de la théorie des contrats ; que deux institutions aussi différentes que l'usucapion et la prescription extinctives sont réunies dans le même chapitre. Enfin le code contient un peu partout et notamment dans le chapitre relatif à l'état civil des dispositions de pure procédure qui n'y devraient pas figurer.

Les auteurs *Bürgerliches Gesetzbuch* se sont efforcés de donner à leur œuvre un plan plus rationnel. L'ordre des matières est celui qui est suivi en Allemagne pour l'enseignement du droit et paraît emprunté aux livres des *Pandectes*. Le code est divisé en cinq livres, dont le premier est une partie générale, et dont les quatre autres sont consacrés au droit des obligations, au droit des choses (*Sachenrecht*), au droit de famille (*Familienrecht*), au droit des successions. Cette divi-

sion est assurément plus logique que celle du code français. L'expression « droit de famille » est cependant critiquable : c'est plutôt droit des personnes qu'il faudrait dire, car cette partie du code renferme non seulement les règles relatives au mariage et à la filiation, mais aussi tout ce qui concerne la personnalité juridique et sa détermination. Il est mieux encore de faire comme le législateur suisse, c'est à dire de scinder les deux ordres de matières pour consacrer un livre au droit des personnes, et un autre au droit de la famille. A cette réserve près, chacun des chapitres du code allemand, à l'inverse de ceux du code Napoléon, répond à son titre ; et les institutions se trouvent à la place que leur assigne la science contemporaine.

L'ordre des matières adopté par le législateur suisse nous paraît préférable à celui du code allemand. Il semble en effet plus rationnel de traiter, comme il l'a fait, des personnes et de la famille, avant d'aborder le droit des choses et les obligations. Et nous n'en pourrions fournir de meilleures raisons que celles qu'il a lui-même données. « Le droit des personnes et le droit de famille, dit M. Huber, comprennent les institutions mêmes sur lesquelles reposent tout les droits relatifs aux biens. (1) » Ils doivent donc être étudiés en premier lieu, et la « préséance » doit leur être accordée. « Mais le droit des successions étroitement uni à la famille

(1) Exposé des motifs, p. 18.

prend sa place immédiatement après le statut personnel, comme un supplément de l'organisation des fondements même du droit civil, eu égard à la suite des générations. Cet ordre des matières : personnes, famille, successions, droits réels, obligations, est celui qui correspond le mieux à la tradition historique... La science moderne en ne donnant pas au droit des personnes et de la famille la place qui lui revenait a été amenée, par là même, à le négliger (1). »

Logiquement, c'est en effet l'individu capable d'acquérir des droits et de s'obliger « l'agent du droit » qui doit être présenté en premier lieu (droit des personnes). On fera alors connaître d'abord ses droits et obligations vis-à-vis des individus, époux et enfants, avec lesquels il est de par la loi naturelle en relations constantes, ce qui constituera le droit de famille ; puis ses droits et obligations en regard des individus avec lesquels il a des relations moins constantes mais inéluctables, et ce sera le droit successoral. Enfin on s'occupera des droits qu'il est non plus obligé par le cours normal de la vie, mais seulement susceptible éventuellement, d'acquérir sur les choses ; et des obligations qu'éventuellement aussi il est susceptible de contracter envers tout autre individu, quel qu'il soit.

Outre ces raisons logiques, une importante considération pratique militait en Suisse en faveur de l'adop-

(1) Exposé des motifs, p. 48.

tion de cet ordre des matières. C'était que le droit des obligations déjà codifié devait venir prendre sa place dans l'ensemble du code civil et qu'il paraissait plus facile de l'ajouter à la suite des autres parties que de l'intercaler au milieu de l'ouvrage. Enfin l'importance donnée en Suisse au droit des personnes et au droit de la famille s'explique par de profondes raisons morales que nous tenterons de mettre en lumière, quand nous dégagerons l'esprit du code.

Le législateur suisse n'a pas placé en tête de son code une partie générale, se contentant comme le législateur français d'un titre préliminaire de quelques articles. L'objet d'une partie générale peut être soit d'indiquer les principes qui dominent la codification, soit de traiter des matières qui ne rentrent précisément dans aucune des parties spéciales du corps de la loi, soit enfin d'instituer un certain nombre de règles communes à toutes les institutions juridiques.

Est-il tout d'abord utile de faire une partie générale pour fixer les principes essentiels d'un code, et en exposer les conceptions directrices ? On y a souvent songé, mais on a toujours écarté cette idée et avec raison. Une pareille partie générale serait consacrée avant tout à des considérations théoriques et philosophiques sur le droit, sur la nature subjective de la loi et sur son rôle, considérations qui ont leur place marquée au début d'un ouvrage doctrinal et spécialement d'un traité d'enseignement, mais qui seraient absolument déplacées au seuil

d'un code. « Quel serait, dit à ce propos M. Saleilles, l'effet d'une loi qui prétendrait imposer une conception positive sur la nature du droit ? Aurait-elle la prétention d'empêcher la science d'en former une autre ? Assurément pas. Voudrait elle dire que, quelle que fût la conception qui dût prévaloir dans la science, ce serait la conception légale qui l'emporterait dans la pratique, en vue des conséquences à en déduire devant les tribunaux ? Cette prétention serait sans doute d'une réalisation possible ; mais quelle perspective pour un code que de prévoir l'éventualité d'un antagonisme perpétuel et d'une contradiction flagrante entre l'évolution des idées et l'immobilisation des conceptions légales ! (1). »

C'est ce qu'a fort bien senti le législateur suisse. L'absence de partie générale, peut, dit-il, présenter cet inconvénient « que les notions générales, dont le législateur suppose l'existence ne sont pas définies... Mais cela représente-t-il une lacune de la loi ? » A cette question il répond négativement. « Ces définitions, observe-t-il, appartiennent dans la plupart des cas, sinon dans tous, à la doctrine et à la législation (2). » Cette raison suffit à les exclure de la loi. Et M. Huber ajoute : « Quelque définition que donnât le législateur, il courrait le risque de la voir supplantée au bout de peu

(1) R. Saleilles : Introduction à l'étude du droit civil allemand, p. 404 et 405.

(2) Exposé des motifs, p. 20.

de temps par une définition plus correcte, ou encore d'entraver par la suite le progrès des idées (1). »

Aussi bien les rôles respectifs de la doctrine et de la législation sont-ils aujourd'hui bien distingués, et l'on ne songe plus à faire place dans les codes à des observations d'ordre théorique. On se conforme rigoureusement au précepte de L'Hospital rappelé déjà lors de la confection du code Napoléon « La loi commande ; elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de convaincre (2). » Nous avons déjà vu à plusieurs reprises que le législateur suisse avait soigneusement évité tout ce qui pouvait dans son œuvre rappeler les « manuel scientifique ». L'existence d'un exposé des motifs où étaient indiquées les conceptions théoriques dont il s'était inspiré le dispensait d'ailleurs de les exprimer dans le code lui-même, au cas où il en eût été tenté. Aussi n'a-t-il pas songé à rédiger dans ce but une partie générale.

Quant au législateur allemand qui cependant, nous l'avons vu, était assez disposé à verser dans les considérations abstraites, il s'est gardé lui aussi de placer au début de son œuvre une sorte d'introduction philosophique et doctrinaire. S'il a rédigé une partie générale, ce n'est pas dans cette intention, mais en vue de réglementer des matières de droit positif qui ne rentraient dans au-

(1) *Ibid.*, p. 20.

(2) Cité par le tribunal d'appel de Lyon, dans ses observations. Fenet : *Recueil complet des travaux préparatoires*, t. IV, p. 36.

cun des cadres particuliers du code. Il lui a paru que ces matières n'avaient pas de place bien déterminée dans le corps de l'ouvrage et qu'il valait mieux les grouper en une partie générale.

Il y a cependant dans la partie générale allemande des dispositions qu'il n'eût pas été impossible de placer dans des parties spéciales. Ce sont des dispositions qui ont paru devoir trouver leur application dans un grand nombre de matières, traitées dans les parties ultérieures (1). C'est en effet la raison qui justifierait le mieux la composition d'une partie générale que l'avantage qu'il peut y avoir à indiquer dès le début d'un code un certain nombre de règles communes à toutes les institutions juridiques.

Cette dernière considération n'a pas plus que les autres décidé le législateur suisse à rédiger une partie générale. Il rappelle à ce propos qu'aucun des codes cantonaux en vigueur ne possède une partie générale et que la grande majorité des cantons s'est prononcée contre son insertion dans le projet de code fédéral. Il ajoute qu'il lui paraît d'une mauvaise économie de détacher, comme on l'a fait en Allemagne, le droit des personnes du droit de la famille pour le placer dans

(1) La partie générale allemande comprend : le droit des personnes, quelques définitions sur les choses en tant qu'objets de droit, la théorie de l'acte juridique, toute la matière de la prescription extinctive, des dispositions concernant le mode d'exercice des droits, enfin une série de réglementations relatives aux suretés.

une partie générale. L'unité de vues lui paraît également sacrifiée, si l'on scinde comme dans le code allemand l'étude du droit des choses en deux parties, une partie étant rattachée à la théorie des choses comme objets de droit et placée dans la partie générale, et l'autre étant rattachée à la théorie des droits réels.

Si l'on écarte ainsi de la partie générale les dispositions ayant trait à des matières particulières, elle ne comprendra plus « que les grands principes régissant la constitution, l'extinction et les effets des rapports de droit » (1). Le rédacteur suisse reconnaît que l'on peut en effet « édicter un certain nombre de règles communes à toutes les institutions juridiques » (2). Mais il se demande s'il y a un réel avantage à les séparer des dispositions spéciales qu'elles régissent. « Cette question devrait être résolue affirmativement, si ces règles continuellement répétées avaient la même signification pour toutes les matières. Or tel n'est point le cas. Nous voyons au contraire que les principes généraux ont une importance particulière à l'égard d'une institution déterminée, tandis qu'ailleurs cette importance est moindre ou différente (3). » La conclusion se déduit d'elle-même : c'est qu'il vaut mieux rattacher chacun des principes généraux à la matière où il trouve son application la plus importante ou la plus fréquente, que de les

(1) Exposé des motifs, p. 49.

(2) *Ibid.*, p. 49.

(3) *Ibid.*, p. 49.

grouper tous en une partie générale. L'Exposé des motifs justifie par l'exemple de l'erreur l'adoption de cette méthode. « L'erreur, remarque M. Huber, peut se présenter aussi bien dans le droit de la famille que dans les droits réels ou dans le droit des obligations. On pourrait en conséquence établir à ce sujet des règles dans la partie générale. Mais dès que l'on en vient à la pratique, on reconnaît que l'erreur joue un rôle très différent dans chacun de ces domaines et que si même on en créait une théorie générale, on ne pourrait pas se passer de dispositions spéciales : ce serait compliquer le code sans avantage sérieux. Il en est de même pour les effets du temps, de la bonne foi, de la confirmation et de la modification des rapports de droit, et pour d'autres notions auxquelles la doctrine a assigné une place dans la partie générale... Pour l'erreur la théorie générale sera formulée dans le droit des obligations et l'on s'y rapportera ensuite dans les autres domaines (1). »

Aux arguments d'ordre logique présentés par M. Huber pour justifier le défaut de partie générale dans son projet, s'ajoutait une raison d'ordre pratique qui nous est indiquée par le Message et qui fait ressortir les avantages de la méthode ci-dessus préconisée. « Ce n'est, dit le Message, qu'en procédant ainsi qu'il sera possible d'adapter au code civil sans trop de bouleversement le droit des obligations qui possède, lui,

(1) Exposé des motifs, p. 19 et 20.

une partie générale. Il est bien entendu que les textes de cette dernière peuvent s'appliquer par analogie, dans une certaine mesure, aux autres matières du code civil, même s'ils n'étaient pas transférés dans une introduction ou un titre préliminaire (1). »

Tels sont les motifs pour lesquels on a écarté en Suisse l'idée de rédiger en tête du code civil une partie générale.

La délimitation des matières qui composent le code civil suisse comporte quelques observations. En dehors du droit fédéral, le code a laissé subsister un droit cantonal, ou, selon l'expression usitée depuis la confection du code allemand, un droit réservé. En principe le code abroge toutes les lois cantonales privées, mais quelquefois la législation fédérale déroge à ce principe en réservant formellement la force obligatoire des dispositions cantonales. Les matières ainsi réservées ou bien se rattachent au droit public cantonal et doivent à ce titre rester dans la compétence des cantons, ou bien appartiennent au droit privé mais ont semblé d'une réglementation trop particulière et trop délicate pour faire l'objet de prescriptions communes à tous les cantons. C'est principalement dans le livre des droits réels que se trouvent ces matières réservées. L'Exposé des

(1) Message du 28 mai 1904, p. 9. L'article 7 du code est ainsi conçu : « Les dispositions générales du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extension des contrats sont aussi applicables aux autres matières du droit privé. »

motifs donne la liste des réserves faites dans ce livre, pour cause de rapport avec le droit public (1). Pour la seconde série de cas, réserves de droit privé, il faut signaler notamment les nombreuses réserves faites au profit du droit cantonal dans la matière du régime foncier qui gardait, à bien des égards, un caractère local empêchant sa complète fédéralisation. Citons aussi la réserve totale de la matière du voisinage. Ces matières ont paru devoir être laissées dans la compétence cantonale, « non seulement en vue de maintenir le droit existant, mais encore pour en permettre le développement sur le terrain cantonal » (2).

Il y a par contre une matière qu'on peut s'étonner de voir traitée par le code fédéral et qui aurait dû, semble-t-il, vu son étroite relation avec le droit public, faire partie du droit réservé; c'est le régime juridique des concessions hydrauliques et des mines. Si l'on a introduit cette matière importante dans le droit fédéral, c'est que l'unification en était réclamée par de nombreux cantons dans l'intérêt des relations intercantionales. La co-existence de droits différents sur le cours d'une même rivière, à quelques lieues de distance, constituait une véritable injustice pour ceux des riverains qui subissaient le régime le plus rigoureux. En matière de mines, la situation était plus grave

(1) Exposé des motifs, p. 413.

(2) *Ibid.*, p. 413. Suit une liste de ces matières.

encore, étant donné que beaucoup de cantons n'avaient pas de législation sur ce point. On ne s'est pas arrêté à l'objection que ces matières se rattachaient plutôt au droit public qu'au droit privé ; on n'a considéré que l'intérêt général, et, faisant droit aux réclamations de ceux qui demandaient l'unification, on a introduit dans le code civil fédéral la législation des concessions hydrauliques et minières, tout en laissant aux cantons l'organisation administrative des concessions.

Quel que soit le motif qui ait fait placer une matière dans le droit fédéral, ou laisser cette matière dans le droit cantonal, la solution adoptée est généralement nette, et la délimitation des deux domaines bien tranchée. Quand une matière est réservée au droit cantonal, elle l'est en vertu d'une disposition formelle qui détermine exactement dans quelle mesure elle lui est abandonnée. Il n'y aura donc pas lieu pour reconnaître les limites et la portée de la réserve faite par le code suisse, de se livrer à de pénétrantes analyses, comme celles que Zitelman, en Allemagne, (1) puis M. Saleilles, en France (2), ont consacré au droit réservé allemand.

Outre le droit réservé aux cantons, il y a des matières de droit qui ne sont pas étudiées dans le code civil suisse.

(1) Zum Grenzstreit zwischen Reichs und Landrecht, discours universitaire.

(2) *Le Code civil allemand et le droit réservé*, chapitre de son Introduction à l'étude du droit civil allemand.

Ce sont celles qui avaient déjà fait l'objet de lois fédérales spéciales. Non pas que toutes les lois spéciales déjà existantes aient été maintenues indépendantes du code. On y a, au contraire, incorporé, avec les seules modifications qui étaient indispensables, celles de ces lois dont les dispositions d'une portée générale y avaient leur place marquée. Tel a été le cas de la loi du 24 décembre 1874 concernant l'état civil et le mariage, et de la loi du 22 juin 1881 sur la capacité civile. Par contre il a paru que les nombreuses lois relatives à la propriété littéraire et industrielle (brevets d'invention, protection des marques de fabrique, etc...) étaient d'un ordre tout à fait spécial et qu'il était inutile d'en encombrer le code civil.

Quant au droit des obligations, on n'a pas l'intention de le transporter dans le nouveau code purement et simplement et tel qu'il existe à l'état de code particulier. Voici la solution qui a été proposée par le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, en date du 3 mars 1905 (1) et qui a toutes chances d'être adoptée : on profitera de l'incorporation du code de 1881 dans le code civil complet pour procéder à la revision du droit des obligations, mais seulement à sa revision et non à sa refonte totale. « Le code de 1881 sera incorporé tel quel dans le code civil suisse, sauf à le remanier quand

(1) Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de code civil suisse (droit des obligations et titre final).

cela paraîtra nécessaire, ou du moins très désirable, à la lumière des expériences faites jusqu'à ce jour (1). »

On s'est en outre préoccupé de rechercher si quelques-unes des matières aujourd'hui régies par le code fédéral des obligations ne devaient pas être abandonnées à la législation spéciale ; et, l'opinion s'étant prononcée en ce sens, on a décidé que l'on donnerait la préférence à la législation spéciale « pour toutes les institutions juridiques soumises à des remaniements fréquents, de même que pour celles qui exigent tout un appareil de prescriptions détaillées... En incorporant le droit des obligations dans le code civil on n'en éliminera dès lors que les matières qui, de par leur nature, et de par l'instabilité de leur réglementation, ne peuvent y figurer » (2). Les matières qui ont paru présenter ces caractères sont celles des sociétés anonymes, des associations, et du droit du change.

Le Conseil fédéral proposait en somme aux Chambres dans son Message du 3 mars 1905 « d'incorporer le droit des obligations dans le code civil, dont il formera le livre cinquième, et d'y apporter les modifications nécessaires ou éminemment désirables, tout en renvoyant la matière des sociétés anonymes, des associations, et du droit du change, à la législation spéciale » (3). C'est la solution ainsi proposée qui sera

(1) Message du 3 mars 1905, p. 6.

(2) *Ibid.*, p. 7.

(3) *Ibid.*, p. 8.

vraisemblablement adoptée par le Conseil national et le Conseil des États (1). Le code civil suisse sera alors un corps de législation complet, présentant les prescriptions essentielles du droit commun, avec comme prolongements sur certains points spéciaux et en quelque sorte comme annexes, un certain nombre de lois spéciales.

(1) Le vote n'était pas encore acquis, quand nous écrivions ces lignes.

CHAPITRE CINQUIÈME

INTERPRÉTATION ET APPLICATION DU CODE

Le législateur suisse n'a pas eu, en procédant à la codification, la prétention de tarir par là même toutes autres sources juridiques. « Lorsqu'on prétend, dit M. Huber, en s'autorisant de théories surannées, que la codification crée un droit intégral, et renferme, selon sa lettre et son esprit, les dispositions nécessaires pour tous les cas, on confond la codification avec le droit en général. Selon nous le droit est une entité : aucun juge ne peut refuser de juger sous le prétexte qu'il existe une lacune dans le droit. Mais la codification peut fort bien présenter des lacunes ; elle en accuse même ordinairement de nombreuses ; et comment ne pas reconnaître alors, qu'à côté de la codification, il puisse et doive même y avoir d'autres sources du droit appelées à suppléer au besoin le droit codifié ? (1) »

La coutume subsistera à côté du code suisse, mais pour être appliquée à titre subsidiaire. Le droit écrit

(1) Exposé des motifs, p. 30.

doit être appliqué en première ligne, et non seulement aussi loin que sa lettre le permet, mais aussi loin qu'une interprétation quelconque peut faire porter son esprit (art. 1^{er}, al. 1). Mais à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier (art. 1^{er}, al. 2).

Le code suisse a même prévu le cas où il n'existerait pas de coutume pour combler une lacune du droit écrit. Que va faire alors le juge ? Où peut-il chercher les principes de sa sentence, sinon dans sa conscience personnelle ? Le législateur suisse n'a pas reculé devant cette solution hardie. Le juge prononce, aux termes de l'article 1^{er} (al. 2, *in fine*) « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Mais ce serait une erreur de croire que le code reconnaît alors au juge un droit de décision absolument arbitraire. Le juge doit s'inspirer des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence (même article, al. 3) et ce n'est qu'à défaut d'indications fournies par elle qu'il décidera d'après sa seule conviction. Encore devra-t-il se garder de toute partialité et statuer avec la même indépendance que s'il faisait réellement œuvre de législateur.

Cette attribution au juge du droit de légiférer en quelque sorte le cas échéant, choque nos idées sur la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. Mais il faut observer que dans un grand nombre de cantons suisse la séparation des pouvoirs n'existe pas, les juges tenant leur pouvoir de l'élection, comme les députés,

et les deux pouvoirs ayant par conséquent la même origine.

Au reste l'idée de laisser le juge prononcer comme s'il faisait office de législateur n'est pas aussi audacieuse qu'il paraît. C'est ainsi qu'en fait les choses se passent journellement, même en France. Chaque jour nos tribunaux font office de législateur. Mais toujours nous nous imaginons qu'ils appliquent le droit écrit sinon dans sa lettre, du moins dans son esprit, et qu'ils ne font qu'interpréter la loi existante. Nous croyons qu'ils disent le droit alors qu'ils le créent. C'est une illusion dont nous sommes dupes et à laquelle le législateur suisse n'a pas cédé. Mais, de crainte de se laisser tromper par la fiction de la plénitude du droit écrit, peut-être est-il tombé dans l'erreur inverse. M. Gény remarque que ce n'est pas sans une certaine complaisance qu'il confesse l'insuffisance foncière de la législation codifiée, et qu'il affirme le pouvoir propre du juge à l'effet de compléter les lacunes souvent volontaires de la loi (1). S'il est exact que l'évolution incessante des idées et la multiplicité des questions juridiques obligent quelquefois le juge à statuer en dehors de toute indication légale et d'après sa conviction personnelle, il suffisait de tolérer cette pratique, et il était inutile d'en proclamer la légitimité dans le code. Ce n'est pas dans la reconnaissance de ce fait incontestable, c'est dans sa

(1) Fr. Gény : La technique législative..., *loc. cit.*, p. 4031.

consécration officielle par la loi, que réside l'audace du législateur suisse. Il n'est plus question d'une tolérance, mais d'un droit, droit d'une exceptionnelle gravité, et contre les abus duquel les plaideurs ne sont nullement protégés. L'indépendance du corps judiciaire est leur seule garantie contre les décisions arbitraires. Mais dans les cantons où la nomination des magistrats est abandonnée au suffrage universel et par suite soumise à l'influence néfaste des passions politiques, nous avons entendu exprimer au sujet des pouvoirs propres du juge les craintes les plus justifiées.

Loi, coutume, conviction du juge, telles sont les trois sources juridiques qu'admet le code suisse, ou selon l'expression de M. Huber qui marque bien le caractère subsidiaire des deux dernières, « les trois degrés » (1) qu'il prévoit dans l'application du droit.

Outre le pouvoir créateur qu'il peut exercer le cas échéant, la loi suisse accorde au juge un pouvoir d'appréciation très étendu. Les auteurs du code se sont gardés de tracer trop étroitement sa voie au juge, et s'en sont remis dans bien des cas à sa libre appréciation, soient qu'ils aient réservé formellement son droit d'appréciation (2), soit qu'ils l'aient chargé de prononcer en tenant compte des circonstances ou de justes motifs (3).

(1) Exposé des motifs, p. 31.

(2) Articles, 28, 84, 151, 169, 171, 334, 711, 717.

(3) Articles. 65, 72, 257, 267, 269, 343, 350 al. 3, 380, 381, 576.

Il y a lieu de faire sur ce pouvoir d'appréciation du juge (1) des réserves analogues à celles dont son pouvoir quasi-législatif a fait ci-dessus l'objet. Il est à redouter que certains juges ne se laissent entraîner à en faire un usage abusif et partial. Le législateur suisse a trop souvent laissé au juge le soin de trancher une question dont il pouvait donner lui-même la solution. Il suffisait de s'en remettre à lui dans le cas où l'appréciation des circonstances est nécessaire pour se prononcer, et il eût souvent mieux valu rédiger des dispositions précises et impératives qu'abandonner au juge la détermination de leur sens et de leur portée. Le code civil suisse renferme trop de dispositions dont la sanction est indéterminée et laissée à l'appréciation du juge, dispositions purement morales pour la plupart, mais qui, entre les mains d'un magistrat mal intentionné, peuvent par leur imprécision même se prêter aux interprétations les plus dangereuses. Nous avons déjà indiqué ce caractère technique du code civil suisse, qui l'oppose nettement au code civil allemand, dont les articles ont une portée impérative variable, mais déterminée d'une façon rigoureuse et systématique.

Le code civil suisse présente par contre une souplesse et une élasticité qui faciliteront singulièrement son interprétation et son application. Ce que nous avons dit

(1) Sur le pouvoir d'appréciation du juge, voir : Rümelin : *Das Vorentwurf zu einem Schw. civilgesetzbuch*, dans *Jahrbuch für Gesetzgebung*, de Schmoller, 1901, t. XXV, 3, p. 42 à 46.

des idées de ses auteurs et de ses caractères techniques fait déjà comprendre quels avantages il offre à cet égard.

Le grand danger de la codification est, comme l'a dit M. Saleilles, « de remplacer la science par l'exégèse, d'entraver le progrès par l'abus du formalisme et de la casuistique, et d'établir une séparation artificielle et funeste, quelquefois même une opposition véritable entre le droit et les mœurs, entre la loi et l'équité, entre les textes qui expriment le droit et les besoins nouveaux qui le créent » (1). Le législateur suisse s'est efforcé d'éviter ce danger, et il semble qu'il ait créé « un instrument d'une délicatesse assez souple et d'une sûreté suffisante pour rétablir la concordance de tous les instants entre l'organisme juridique et l'organisme social » (2).

Il n'a pas eu de son rôle une conception ambitieuse, mais modeste ; il ne s'est pas flatté de doter son pays d'un code impérissable et destiné à suffire longtemps à tous les besoins. Aussi s'est-il gardé des tendances systématiques du législateur allemand. Il n'a pas voulu enfermer les relations juridiques dans un réseau de dispositions inextensibles, et rédiger un code « liant les parties et les juges à un apriorisme inexorable » (3). Il

(1) Saleilles : Introduction à l'étude du droit civil allemand, p. 89.

(2) *Ibid.*, *loc. cit.*

(3) Maxime Leroy : L'avant-projet du code civil suisse, *Revue de Paris*, décembre 1902, p. 667.

sait que l'ancienne méthode d'interprétation, qui consistait à s'en tenir à la lettre du texte législatif sans y admettre aucune dérogation, a fait son temps (1) ; que ce texte, si précis et si complet soit-il, ne peut suffire à toutes les éventualités, et que, fût-il parfait au moment de sa rédaction, un jour viendra fatalement où il aura vieilli et ne sera plus en conformité avec les mœurs et l'état social. Puisqu'il en est ainsi, ne vaut-il pas mieux préparer à l'avance le rajeunissement de la loi et sa mise au point, que de lui donner des formes rigides et une portée invariable ? C'est dans ce but que le législateur suisse a laissé à la coutume et à la jurisprudence une certaine liberté.

La coutume ne sera appliquée, avons-nous dit, qu'à titre subsidiaire, mais même dans ces limites, son champ d'action reste encore considérable. Les lacunes du code seront assez nombreuses pour qu'elle ait fréquemment à intervenir. Elle s'établira librement, non pas en antagonisme avec les règles légales, mais en vue d'en préciser l'esprit et le sens, pour telle profession, dans tel pays, ou sur tel point particulier, en vue aussi de les compléter au besoin et d'en développer les conséquences, en respectant toujours leur orientation générale.

Quant à la jurisprudence, la liberté dont elle jouit facilitera notablement l'interprétation de la loi et son

(1) Voir Génv : Méthodes d'interprétation, *passim*.

adaptation à des situations nouvelles. C'est bien en Suisse que l'on peut dire que le juge « participe à la loi civile » (1). Lorsqu'il est chargé de déduire pour une espèce donnée les conséquences des principes légaux, et plus encore, quand, pour combler les lacunes de la loi, il fait office de législateur, le juge collabore réellement à l'œuvre législative. M. Leroy note justement que « les plus modestes des juges de paix suisses pourront désormais prétendre normalement à la gloire du plus célèbre de nos présidents français » (2). Si les pouvoirs accordés au juge peuvent paraître excessifs et dangereux, il est incontestable d'autre part qu'il pourra en être fait un usage bienfaisant. Le juge tient du législateur lui-même la mission d'améliorer la loi par une interprétation large et libérale, et de la maintenir constamment en concordance avec les aspirations et les mœurs.

Avec une pareille liberté d'interprétation, il n'est pas à redouter que le code civil suisse entrave en quelque façon l'évolution sociale. Ce qu'il y a plutôt lieu de craindre, c'est qu'une jurisprudence ferme et solide ne soit lente à se constituer, et que les plaideurs n'aient à souffrir des hésitations des tribunaux partagés entre des opinions multiples et contradictoires. Le Tribunal fédéral, qui siège à Lausanne, joue, il est vrai, en Suisse le

(1) Avocat général Bertrand : discours cité.

(2) M. Leroy : *op. et loc. cit.*, p. 668.

rôle régulateur qui est dévolu en France à la Cour de cassation ; mais le recours à ce tribunal n'est permis que pour les litiges supérieurs à 1,500 francs. Tant qu'une affaire de cette importance ne lui aura pas été soumise, la jurisprudence restera donc flottante, et l'incertitude subsistera sur la portée des dispositions légales. Aussi une extension de la compétence du Tribunal fédéral est-elle indispensable, si l'on veut que l'interprétation jurisprudentielle présente une certaine fixité.

DEUXIÈME PARTIE

L'ESPRIT DU CODE

CHAPITRE PREMIER

ESPRIT GÉNÉRAL DU CODE CIVIL SUISSE

« La littérature, disait M^{me} de Staël, est l'expression de la société » idée profonde et que Taine n'a fait que reprendre et creuser dans ses ouvrages. Si l'on veut bien par une acception un peu large du mot, comprendre la législation dans la littérature, on reconnaîtra que plus peut être qu'aucune autre œuvre littéraire elle justifie la vérité de cette observation. La législation est toujours dans une certaine mesure l'expression de la société qui lui a donné naissance. Elle se ressent des idées et des aspirations du milieu dont elle émane et il existe une ressemblance sinon saisissante du moins toujours sensible entre un peuple et sa loi. La forme seule de la loi, nous l'avons vu, révèle déjà son origine, et les caractères de la civilisation à laquelle elle se rattache y apparaissent nettement. Comment l'esprit même de ses dispositions ne participerait-il pas, aussi, de l'esprit du peuple qui la compose et auquel elle est destinée ?

Ce n'est pas seulement par sa forme que le code

Napoléon est français ; le fonds aussi en est bien français. Œuvre de transaction entre les idées conservatrices de l'ancien régime et les innovations généreuses mais parfois dangereuses de la Révolution, il a conservé de l'un ses institutions, partie romaines et partie coutumières, et emprunté à l'autre ses principes d'égalité et de liberté individuelle. On a dit avec raison qu'il n'est « ni réactionnaire, ni révolutionnaire » (1) mais au contraire tout à la fois conservateur et progressiste. Son esprit, n'est-ce pas au fond, celui qui a toujours été, depuis un siècle, propre au peuple français, un esprit égalitaire, libéral parfois, et avant tout nettement individualiste ?

Le code allemand est le produit d'une civilisation toute différente. Sans échapper à toute influence romaine, il est manifestement une loi d'essence germanique. Systématique, cherchant à tout réglementer et à ne laisser imprévue aucune des formes multiples des relations juridiques, il laisse peu de place à la liberté individuelle et trace avec soin les limites du champ restreint dans lequel il permet à l'initiative des citoyens de se mouvoir : c'est bien la loi qui convient à une nation disciplinée comme la nation allemande.

Les rédacteurs du code civil suisse se sont attachés, nous l'avons vu, à faire œuvre nationale. Aussi leur code est-il, plus encore peut-être que ceux dont nous

(1) Planiol : *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e édit., 1901, p. 31.

venons de parler, représentatif de l'esprit du peuple qu'il va régir.

L'esprit suisse est original, et cependant on y reconnaît l'influence particulière des deux civilisations latine et germanique qui se sont toujours heurtées en Suisse et se sont disputé le pays.

Le citoyen suisse est tout d'abord sincèrement démocrate. Cet esprit démocratique ne lui vient pas de l'influence française et ne date pas chez lui de notre Révolution ; il est antérieur à la Confédération actuelle et c'est lui qui déjà donnait leur physionomie aux plus anciens cantons. Aussi est-ce en Suisse comme un sentiment naturel. L'égalité civique, la participation de tous aux affaires et leur admission aux fonctions publiques y semblent des principes inviolables. D'ailleurs ces principes y sont respectés en fait, et le peuple y est réellement souverain, non seulement aux termes de la constitution, mais aussi grâce à la pratique constante du referendum. Etant l'esprit général, l'esprit démocratique suisse n'est ni frondeur ni subversif ; il est au contraire, même chez les plus avancés, empreint de simplicité, de modération et de tolérance.

Ces idées démocratiques naturelles s'accompagnent chez le citoyen suisse d'un grand libéralisme, libéralisme de raison il est vrai plutôt que spontané. Les diversités profondes de races, de confessions, de langues et de mœurs, ne laissent pas d'être une perpétuelle occasion de dissentiment ; et, si les conflits ne sont pas plus fré-

quents, c'est parce que l'intérêt national impose aux divers groupements un certain libéralisme. « La Suisse, écrit M. Rambert, n'existe que parce que les Suisses le veulent ; les Suisses ne le voudront qu'autant qu'ils auront intérêt à le vouloir ; ils n'auront intérêt à le vouloir que par la liberté. Toute question de liberté touche pour nous à une question d'existence. La nature nous a octroyé ce dangereux privilège de ne pouvoir être que si nous savons être libres (1). »

Un autre trait caractéristique de l'esprit suisse, et qui, celui-ci, est d'origine germanique, c'est la disposition naturelle à l'association, et la subordination de l'intérêt individuel à l'intérêt du groupe. Cette disposition a contribué à la création en Suisse d'un nombre considérable de groupements de toute sorte, syndicats agricoles ou industriels, sociétés philanthropiques, sociétés de crédit populaire, etc... Mais il est certains groupements qui ont toujours eu en Suisse une importance exceptionnelle, le canton, la commune, et surtout la famille.

Nous avons eu occasion de signaler dans notre exposé historique la force du sentiment cantonal, et de l'attachement à ce qu'ici plus justement qu'ailleurs on pourrait appeler « la petite patrie ». Le sentiment communal n'est pas moins puissant. Il y a chez les Suisses un esprit civique et bourgeois, que peut seule expliquer la

(1) E. Rambert ; *op. et loc. cit.*

tradition historique ; ils s'intéressent tous à la prospérité de la commune, comme à une institution séculaire, et au berceau de leurs autres institutions. Mais le sentiment qui domine tous les autres est le sentiment familial. La famille est en Suisse le véritable lien matériel et moral. On ne l'envisage plus guère que dans le cercle étroit de la parenté la plus proche, mais dans ce sens restreint, elle est un organisme singulièrement puissant. L'autorité du chef de famille y est prépondérante, mais à côté l'autorité de sa femme est considérable et tend à s'accroître de jour en jour pour devenir égale à la sienne. C'est d'ailleurs dans l'intérêt du groupe qu'ils font usage l'un et l'autre de leur autorité et ils veillent à ce que les autres membres de la famille enfants ou parents plus éloignés, sacrifient toujours leur intérêt individuel à l'intérêt familial.

Plus encore que la préoccupation d'assurer la prospérité matérielle de la famille, c'est le soin de sa conservation morale qui fait la force du lien familial. Cette tendance moralisatrice ne se manifeste pas uniquement dans le domaine de la famille ; elle trouve là assurément un terrain particulièrement propre à son développement, mais elle est plus générale et constitue un des aspects les plus caractéristiques de l'esprit suisse. Bien que ce soit là une tendance d'origine germanique, on constate aujourd'hui ; aussi bien chez les Suisses romands que chez les Suisses allemands une habitude de considérer les choses de la façon la plus sérieuse,

et un souci des questions morales qui s'affiche jusque dans les moindres détails de la vie quotidienne.

Il nous reste un dernier trait à signaler pour achever ce bref tableau psychologique du peuple Suisse; c'est son sens pratique. Les Suisses voient vite, simple et juste. Cette faculté qu'ils possèdent à un si haut degré, est bien connue. Travailleurs, économes et sobres, ils réussissent dans tous les métiers, mais en particulier dans ceux qui requièrent ce genre d'aptitudes (1). « Cet esprit pratique se révèle à chaque instant dans le domaine de la législation et des réformes sociales, et surtout dans les grandes votations populaires ayant trait aux questions fédérales. Le referendum et le droit d'initiative sont à cet égard une excellente école. Cet exercice fréquent du droit de vote, qui force l'électeur à connaître l'objet sur lequel il aura à se prononcer, contribue à rendre familière à chacun la notion politique et sociale de la loi (2). »

Esprit démocratique, libéral, pratique, mais surtout familial et moralisateur, tel est à nos yeux l'esprit suisse. Tel est aussi l'esprit général du code civil fédéral.

Démocratique, il pose, dès le début, le principe de l'aptitude de tous à jouir des droits civils et à devenir sujets de droits et d'obligations (3). Il s'occupe du sort

(1) Qui ne connaît la réputation de leurs hôteliers ?

(2) Pierre Clerget : *La Suisse au XX^e siècle*, Paris, A. Colin, 1908, p. 14.

(3) Art. 11.

des humbles ou des déshérités, prenant soin de définir les obligations des maîtres et commettants vis-à-vis des gens de maison et employés (1), s'intéressant à la situation des paysans si souvent victimes des lois trop rigoureuses (2), à celle des parents pauvres appartenant à une famille aisée (3) améliorant surtout la condition des enfants naturels et ne les distinguant plus des enfants légitimes, lorsque leur filiation est clairement établie (4). Dans l'intérêt de tous, il simplifie autant que possible la procédure et le formalisme, et organise un système complet de publicité matrimoniale et foncière qui mettra les petites gens à l'abri des surprises.

Pratique, le code civil l'est extrêmement, grâce au soin qu'ont pris ses auteurs de n'y insérer que des dispositions immédiatement et facilement applicables. On rencontre à chaque page dans leur œuvre, des innovations qui répondent de la façon la plus heureuse à des difficultés de la vie courante. Nous citerons entre autres : l'abréviation du délai de viduité lorsqu'il est prouvé que la confusion de part n'est plus à craindre (article 103), la possibilité de continuer avec l'assentiment de l'autorité tutélaire une entreprise commerciale ou industrielle faisant partie du patrimoine du pupille

(1) Art. 332.

(2) Art. 229, 604, 608, 612, 616, 620, 622, 633, 682, 689 et suivants, 694 et suivants, 709 et 710, 736.

(3) Art. 329, 335, 349, 355.

(4) Art. 324 et 325, 461.

(art. 403), la faculté pour les héritiers d'un indivis décédé de prendre sa place dans l'indivision (art. 345), la reconnaissance d'un droit de préemption des copropriétaires contre tout tiers acquéreur d'une quote-part de l'immeuble indivis (art. 682), la faculté dans certains cas de prolonger l'indivision et de surseoir au partage en vue d'éviter une liquidation inopportune ou préjudiciable à un des copropriétaires (art. 344, 604, 605, 622), l'attribution possible à l'un des héritiers des biens de la succession qui ne peuvent être partagés sans subir une diminution notable de leur valeur (art. 612), l'attribution à un seul des héritiers d'une exploitation agricole constituant une unité économique (art. 620) et qu'il exploite au besoin comme gérant d'une sorte de société en participation (art. 622), le prélèvement d'une indemnité lors du partage par les enfants qui sont infirmes ou n'ont pas encore reçu d'instruction (art. 631), et l'attribution d'une indemnité aux enfants majeurs qui, vivant avec leurs parents, ont consacré leur travail ou leurs revenus à la famille (art. 633). Toutes ces dispositions visent des situations intéressantes, et fournissent des solutions à la fois libérales et pratiques.

Citons encore comme dispositions particulièrement pratiques : la possibilité de donner d'office à un majeur un conseil légal (art. 395) et, sur sa demande, de lui nommer un curateur (art. 393), ou de le mettre en tutelle (art. 372), la faculté pour le disposant de prescrire

certaines règles pour le partage et la formation des lots (art. 608), la faculté laissée aux cantons de prescrire que les biens-fonds ne pourront être morcelés qu'au-delà d'un certain minimum (art. 616), la possibilité pour l'héritier, s'il préfère ce parti au bénéfice d'inventaire et à la répudiation, de requérir la liquidation officielle de la succession (art. 593 et suiv.) et la liberté pour lui d'effectuer à son choix un rapport en nature ou en moins prenant (art. 628).

On voit par ces quelques exemples, et l'on pourrait aisément les multiplier, combien le nouveau code est pénétré de cette qualité maîtresse de l'esprit suisse, le sens pratique.

Quant au libéralisme du code, il est difficile de se prononcer d'une façon catégorique. Le code est libéral, et nous en avons déjà la preuve dans quelques-unes des dispositions que nous avons citées, mais son libéralisme est en quelque sorte orienté dans une direction particulière hors de laquelle la liberté n'est pas entière. Il laisse le citoyen libre, mais dans la mesure où il ne fait pas de cette liberté un usage contraire à l'intérêt général du groupe et aux règles d'une morale fort rigoureuse. Ce n'est pas un code individualiste, comme le code français.

Dans ces limites, et nous les préciserons tout à l'heure, il faut reconnaître que le code donne l'impression d'une loi libérale. Il le doit d'abord à l'adoption d'un certain nombre d'innovations importantes, parmi lesquelles il

faut citer spécialement la reconnaissance de la pleine capacité de la femme mariée, la liberté du contrat de mariage et l'extension de la faculté de tester. Il le doit ensuite à la coexistence fréquente, dans un même chapitre, d'institutions et de régimes différents entre lesquels il est loisible de choisir : comme on a généralement introduit dans le code les différents systèmes en usage dans les cantons, chacun peut ainsi ou recourir à son ancien statut cantonal, ou opter pour un nouveau principe qui lui paraît plus pratique ou plus équitable. Mais ce qui donne surtout au code son caractère libéral, c'est le petit nombre de dispositions impératives et prohibitives. Le législateur suisse fait rarement usage de la clause d'ordre public. Respectueux du principe de l'autonomie de la volonté, il ne prétend pas écarter les solutions multiples et variées que peuvent imaginer les particuliers en marge de la solution légale, et ce n'est que lorsqu'il en sent l'absolue nécessité qu'il édicte des prescriptions impératives et inéluctables.

La liberté individuelle est limitée, avons nous dit, par l'intérêt familial et par les règles de la morale. Ce caractère familial et moral (car il n'y a là que deux expressions différentes d'une même tendance) est le plus remarquable du code suisse. Le législateur suisse ne méconnaît pas la liberté individuelle, mais il entend que l'individu en fasse usage pour améliorer sa situation matérielle par le travail et l'économie et pour contribuer à la prospérité et à l'honneur du groupe fami-

lial auquel il appartient. Qu'il recherche plutôt l'intérêt de la famille que le sien propre, qu'il accomplisse fidèlement dans l'ordre économique et l'ordre moral ses devoirs envers son conjoint, ses descendants, ses ascendants et ses parents en général. Qu'il ne soit ni égoïste, ni même indifférent. S'il néglige ses devoirs de famille, si, loin de se conformer aux principes d'une saine morale, il vient à verser dans l'inconduite ou dans l'ivrognerie, malheur à lui ! (1) Dans son souci du progrès et de la moralité individuelle, le législateur suisse ne s'est pas contenté de rappeler dans des dispositions de principe les devoirs des uns et des autres (2), il a commis pour veiller à leur observation, la famille d'abord, la première intéressée à la bonne tenue et à la fortune de ses membres, l'autorité ensuite, sous les formes diverses qu'elle revêt dans les cantons, c'est-à-dire, en un mot, l'État. C'est un contrôle permanent qui s'exerce ainsi sur la conduite de l'individu pour prévenir des actes préjudiciables à la famille ou à la société.

A vrai dire, le pouvoir de contrôle moral de la famille n'est pas énoncé en toutes lettres dans le code, mais il se lit entre les lignes et ressort d'un certain nombre d'articles qui feront l'objet d'une étude spéciale. Il ressort en particulier des nombreuses dispositions qui tendent à augmenter les droits et l'autorité de la

(1) Articles 139, 150, 169, 170, 370, 437, 477.

(2) Articles 159, 160, 161, 169, 205, 271, 275, 297, 325 alinéa 2, 328, 332, 355, 405 et 406, 477, 540, 684, 691.

femme mariée (1), de « l'épouse et mère », comme l'appelle M. Huber (2), et qui lui donnent dans la famille une situation égale sinon supérieure à celle du mari. Le code suisse est féministe, et s'il développe et étend les droits de la femme, ce n'est pas seulement pour accroître sa liberté individuelle trop longtemps comprimée, c'est aussi parce qu'il a confiance dans son influence moralisatrice.

Quant au pouvoir de surveillance de l'État, il est formellement reconnu dans le code, soit que le législateur le délègue au juge (3), soit qu'il se contente de signaler l'intervention de l'autorité sous la forme administrative ou judiciaire qu'il plaira aux cantons de lui donner (4). Cette surveillance de l'autorité s'exerce d'une façon particulièrement significative dans les rapports entre parents et enfants, soit qu'elle intervienne pour protéger les parents contre les méfaits ou la mauvaise conduite d'enfants indisciplinés (art. 284), soit au contraire pour protéger contre ses parents l'enfant maltraité ou moralement abandonné (art. 283 et 285) ou dont les biens personnels sont mal gérés (art. 297).

(1) Articles 167, 168, 191, 205, 214, 274, 462, 471.

(2) Exposé des motifs, p. 88.

(3) Articles 140, 145, 150 et suivants, 156, 165, 167, 169, 171, 183 et suivants, 269, 323, 334, 706.

(4) Articles 84 et suivants, 109, 121, 157, 246, 262, 265, 267, 272, 283 et suivants, 297, 306, 311, 324 et suivants, 352, 355, 358, 361 et suivants, 420 et suivants, 490, 550 et suivants, 581 et 582, 595, 609, 611 et suivants, 621, 823, 885, 956.

Si respectables qu'aient été les intentions du législateur suisse, il est difficile de parler ici de libéralisme. Il n'échappera pas à l'observateur le plus impartial que, cette constante préoccupation morale, cet accroissement de la puissance familiale par le développement de l'autorité de la femme mariée, et cette ingérence de la famille et de l'État dans la vie juridique des individus pour en contrôler le mérite et la vertu sociale, tout cela sent assez l'esprit protestant. Il semble que, sinon dans la lettre (1), du moins dans l'esprit général de leur œuvre, les auteurs du code suisse se soient quelquefois et peut être inconsciemment départi de l'attitude de neutralité religieuse qui doit être la règle du législateur. L'influence germanique et protestante domine dans leur œuvre. Cela est d'ailleurs assez naturel, si l'on songe que cette influence est dominante dans la Confédération, et que la direction générale des travaux préparatoires a été confiée à un savant de culture germanique. Nous signalerons les points où cette influence est particulièrement sensible. Nous tenons seulement à faire sentir actuellement l'importance de l'esprit familial et moralisateur, dans la loi suisse.

L'État ne doit pas seulement, dans la conception du législateur suisse, surveiller la moralité publique ; il est aussi le protecteur du crédit public. Il prendra soin no-

(1) Les articles 277 et 332 (al. 2) reconnaissent la liberté de conscience. Voir aussi l'article 118.

tamment de soumettre à des règles précises de publicité les actes des particuliers susceptibles d'intéresser les tiers (statuts de société, contrat de mariage, actes translatifs de propriété). De là l'institution de ces grands registres de publicité que tout citoyen pourra consulter avant de conclure un acte juridique et qui lui permettront de ne s'engager qu'à bon escient. L'introduction des livres fonciers notamment est relativement facile et peu onéreuse dans un petit pays comme la Suisse, d'autant mieux que chaque canton pourra régler à sa guise les détails de la mise en œuvre. Ce n'est pas uniquement dans la matière du livre foncier qu'apparaît le rôle de l'état protecteur du crédit public. C'est la même préoccupation qui a présidé à l'établissement d'un régime hypothécaire simple, mais sûr, à l'institution de certaines mesures protectrices du débiteur en vue de lutter contre le système des contrats léonins, à la limitation du taux de l'intérêt en matière hypothécaire, à la détermination précise des droits du créancier gagiste etc... Dans tous les domaines le législateur suisse a chargé l'autorité d'assurer le libre jeu du crédit public et de le protéger efficacement. On retrouve dans cette législation un trait de la vie ouverte que mène le peuple suisse dans de petites villes où tous se connaissant il n'y a aucun inconvénient à mettre au grand jour les actes de chacun. On y trouve aussi, une fois de plus, la trace de cette morale un peu austère d'après laquelle aucune action humaine ne doit demeurer secrète.

« L'INDIVIDU LIBRE, DANS LA FAMILLE SOUVERAINE, ET SOUS LA HAUTE SURVEILLANCE DE L'ÉTAT, GARDIEN DE LA MORALITÉ ET DU CRÉDIT PUBLIC », telle est à nos yeux la formule qui pourrait résumer l'esprit du code civil suisse. Nous allons essayer de la justifier en étudiant successivement : l'individu, la famille, et l'État (1).

On ne trouvera pas ici un commentaire suivi du code, article par article. Notre dessein n'est pas de rendre compte de son contenu intégral, mais plutôt d'en dégager le sens général, en insistant sur quelques points originaux. Nous avons laissé absolument de côté le droit des obligations qui est ancien et bien connu. De même, nous ne parlerons que de quelques parties du livre des droits réels, pour concentrer toute notre attention sur les trois autres livres (Personnes, Famille et Successions) où apparaissent mieux les idées directrices du code.

(1) Nous ne nous dissimulons pas que cette division a quelque chose d'un peu artificiel. Nous ferons toutefois remarquer que l'idée première nous en a été fournie par l'exposé des motifs de l'avant-projet (voir p. 89).

CHAPITRE DEUXIÈME

L'INDIVIDU .

—

I

JOUISSANCE ET EXERCICE DES DROITS INDIVIDUELS.

L'honorabilité.

La personnalité juridique consiste dans la jouissance et l'exercice des droits civils. Les législateurs s'attachent en général pour définir la personne juridique aux mêmes notions (jouissance et exercice des droits, capacité, parenté, droit de cité, domicile). A ces caractères, le législateur suisse a cependant ajouté une notion d'ordre subjectif, qui n'avait pas été dégagée avant lui. Au nombre des attributs de la personnalité juridique, le rédacteur de l'avant-projet avait mentionné l'« honorabilité » (die Ehre), que nous traduirions volontiers : la dignité de la personne. L'article 14 de son avant-projet faisait dépendre de la conduite individuelle la plénitude de la jouissance des droits civils ; l'individu déshonoré perdait la faculté de requérir la protection

des lois pour l'exercice des droits inséparables de l'honorabilité. Cette disposition de principe n'a pas passé dans le texte voté par les Chambres, mais on trouve dans le code une série d'articles qui sont visiblement inspirés par la même idée. L'honorabilité individuelle est aux yeux du législateur suisse un des éléments constitutifs de la personnalité.

Déjà le code fédéral des obligations le reconnaissait quand il faisait de la perte de l'honorabilité chez l'un des contractants une cause légale de résiliation de certains contrats (bail à loyer ou à ferme, sociétés, louage d'ouvrage). C'est du moins ainsi que l'on a interprété la formule légale de résiliation par suite de « circonstances graves » ou en vertu de « justes motifs » (art. 292, 310, 346, 547, code oblig.). Dans le nouveau code civil, l'atteinte à l'honneur est une des causes déterminées de divorce. Aux termes de l'article 139 « chacun des époux peut demander le divorce en tout temps, lorsque son conjoint a commis un délit infamant ou mené une conduite si déshonorante que la vie commune est devenue insupportable au demandeur ».

Au même ordre d'idées se rattache la réparation du tort moral à laquelle le code civil fait maintes fois allusion. Si l'article 28 déclare « qu'une action en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale ne peut être intentée que dans les cas prévus par la loi », c'est pour éviter l'abus de procès uniquement fondés sur un dommage moral. La réparation morale

viendra généralement se greffer sur une demande de dommages-intérêts. Ainsi, en cas de rupture des fiançailles sans juste motif, l'article 93 prévoit, en sus d'une indemnité pour les dépenses faites en vue du mariage, l'attribution par le fiancé en faute à l'autre d'une somme d'argent à titre de réparation morale. De même, en prononçant le divorce, le juge peut allouer à ce titre une somme d'argent à l'époux innocent, si les faits qui déterminent le divorce ont porté une grave atteinte à ses intérêts personnels (art. 151). De même encore, le jugement rendu à la suite d'une action en paternité peut allouer à la mère une somme d'argent à titre de réparation morale « lorsque le défendeur lui avait promis le mariage, lorsque la cohabitation a été un acte criminel ou un abus d'autorité, ou lorsque la demanderesse était encore mineure à l'époque de la cohabitation » (art. 318). De même enfin, il peut y avoir lieu à réparation morale, sous forme d'indemnité au cas de réclamation d'une personne lésée par l'usurpation de son nom, si cette usurpation lui a causé non seulement un préjudice pécuniaire, mais aussi un tort moral (art. 29).

Bien entendu, dans ces différents cas, l'indemnité à titre de réparation morale est accordée sans préjudice de tous dommages-intérêts auxquels la personne lésée peut avoir droit. La personnalité juridique est intangible, et aux termes de l'article 28, « celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut

demander au juge de la faire cesser ». L'effet de la protection légale est de faire cesser l'atteinte illicite, et d'en obliger l'auteur à fournir une indemnité à titre de dommages-intérêts, et, le cas échéant, à titre de satisfaction personnelle.

L'égalité.

La jouissance des droits civils appartient à tous. Quant à leur exercice il appartient aussi en principe à tous, mais il est refusé en fait aux personnes incapables de discernement, aux mineurs et aux interdits (art. 17). Sous cette réserve, l'égalité est absolue dans la loi suisse, et indépendante non seulement de la condition sociale, mais même de toute considération de confession, de sexe, ou de filiation.

Le code suisse fait définitivement justice de l'ancien préjugé d'inégalité des sexes. On n'y trouve plus aucune trace de cette idée de *fragilitas sexus* qui a été transportée du droit romain où elle se concevait dans plusieurs législations moderne où elle est injustifiable. La femme n'est plus considérée comme un être juridiquement inférieur. Il y a fort peu de temps qu'on a renoncé en Suisse à la tutelle du sexe. Générale au XVIII^e siècle, elle a disparu peu à peu, mais elle existait encore dans cinq cantons, lorsque la loi fédérale de 1881 est venue accorder à la femme la pleine capacité civile. Cette loi

a ainsi réalisé l'émancipation définitive de la femme non mariée (célibataire ou veuve). Quant à la femme mariée, elle reste jusqu'à l'entrée en vigueur du code fédéral, soumise à la tutelle maritale (1).

Toute mesure d'inégalité successorale entre les sexes a disparu du nouveau code. Or il existe encore dans quelques législations cantonales une sorte de privilège de masculinité en matière successorale. Ainsi les lois de Lucerne, Zoug, Thurgovie, Fribourg (jusqu'en 1887, Zürich) accordent aux fils une part plus forte qu'aux filles. D'autres cantons (Uri, Schwyz, Obwald et Nidwald) conservent encore l'ancien principe d'exclusion des cognats par les agnats ; et cette exclusion, autrefois générale en Suisse, n'est, elle aussi, dans son origine, qu'une forme de prérogative masculine : De l'idée que les biens passaient en principe du père au fils, les filles en étant évincées, on a déduit qu'à défaut de descendants les biens retournaient à ceux dont ils provenaient, c'est-à-dire à la parenté masculine du père et des aïeuls paternels, et non aux cognats. Enfin, dans une grande partie du territoire suisse, les fils ont un privilège sur les immeubles de la succession du père ou des père et mère, privilège appliqué de diverses manières (2).

(1) Sur la capacité de la femme mariée, voir *infra*, p. 188 et suiv.

(2) « En Argovie, les fils peuvent reprendre les immeubles au prix du marché ; en Thurgovie, pour la valeur courante en concurrence avec un prélèvement de 15 pour 100 sur l'héritage immobilier, mais sous réserve d'un droit d'habitation au profit des filles non ma-

Le législateur fédéral a écarté toute disposition de ce genre et a sacrifié au principe du partage égal le privilège de masculinité. Nous verrons d'ailleurs qu'il a cherché à atteindre par d'autres moyens le but auquel tendaient ces diverses institutions, maintenir autant que possible les biens dans la famille.

De même, dans le droit de la famille, il n'admet plus aucune différence de traitement à raison du sexe. La femme n'est plus soumise à la tutelle maritale, et possède dans la famille une capacité et une autorité égale à celle de l'homme. Son individualité est pleinement reconnue, et sa liberté n'est plus limitée que par les obligations que lui impose sa situation particulière dans l'union conjugale (1).

La filiation a été souvent considérée comme un motif d'inégalité dans la situation juridique des individus. Le législateur suisse a rejeté délibérément cette conception. Non qu'il ne distingue, comme il est d'usage, l'enfant légitime et l'enfant né hors mariage ; mais il ne voit là qu'une distinction de fait et se garde de faire

riées. A Saint-Gall, Zoug, Nidwald et Lucerne, les immeubles sont cédés aux fils à un prix modique ou équitable, selon l'estimation d'autorités nommées spécialement à cet effet ; à Schwyz, les fils peuvent retenir les immeubles au prix de partage, d'achat ou de construction, c'est-à-dire au prix qu'ils ont coûté au défunt, et cela avec un rabais. Zurich et Soleure disposent que la réduction de prix sera du huitième au quart, soit de 25 pour 100 au maximum. » Exposé des motifs, p. 300.

(1) Sur la situation juridique de la femme mariée, *infra*, p. 491 et suiv.

supporter à ce dernier la peine de son origine. « Si l'on ne refuse pas, dit-il, la jouissance des droits civils à l'enfant conçu hors mariage, si on ne le prive pas de sa capacité civique, comment le frustrerait-on de la condition juridique qui correspond à sa filiation naturelle ?... Ce serait une contradiction flagrante que d'accorder à l'enfant naturel l'égalité des droits en général, tout en le déclarant déchu de ceux attachés à la parenté (1). » Ces raisons ont engagé le rédacteur du code à ne pas faire de l'illégitimité de la naissance le principe d'une situation légale inférieure. Il reconnaît à tous les enfants, légitimes ou naturels, les mêmes droits vis-à-vis de leurs parents (2).

Le principe d'égalité n'est pas poussé si loin dans la loi suisse qu'il ne laisse aucune place à l'autorité nécessaire dans toute organisation sociale. Les individus jouissent tous des mêmes droits civils, mais sont tous subordonnés au chef du groupe. La loi reconnaît la prédominance à certains égards d'un individu qui exerce sur les autres un pouvoir de contrôle, veille au respect de la morale et de l'équité. C'est le père vis-à-vis des enfants mineurs, le chef de famille vis-à-vis des parents majeurs et des domestiques vivant sous son toit, le patron vis-à-vis des ouvriers. Au point de vue de la discipline familiale, ou plus généralement de l'in-

(1) Exposé des motifs, p. 203.

(2) Voir cependant l'article 461, Cf. *infra*, chap. 3.

térêt du groupe, le chef a donc une situation supérieure aux autres membres du groupe. Mais à tous autres égards, il reste l'égal de ceux qui sont soumis à son autorité. Il ne jouit pas d'un privilège aristocratique mais remplit la fonction sociale de chef dans l'intérêt général. Au reste, qu'il y ait ou non un chef pour représenter et faire respecter l'intérêt général, les individus doivent savoir que, s'ils sont égaux entre eux, il y a quelque chose de supérieur à eux tous, c'est la collectivité qu'ils constituent.

La liberté.

Pour l'exercice de ses droits civils, la plus grande liberté est laissée au citoyen par le code suisse. Nous avons vu que ses auteurs s'étaient efforcés de laisser à l'initiative individuelle la plus grande latitude, et de n'introduire dans la loi qu'un nombre aussi restreint que possible de dispositions de caractère impératif. Il n'est pour ainsi dire pas d'objets que les particuliers ne puissent atteindre par plusieurs moyens légaux proposés à leur libre choix. C'est ainsi, pour en donner quelques exemples, qu'ils peuvent à leur volonté demander le divorce ou la séparation de corps d'avec leur conjoint, qu'ils peuvent effectuer en nature ou en moins prenant le rapport à une succession qui leur échoit, et qu'ils ont à choisir entre trois formes très

différentes de sûretés réelles (1). Enfin, en matière de contrat de mariage et de dispositions de dernière volonté, le code laisse à l'exercice de la liberté individuelle un champ plus vaste qu'aucun autre code moderne.

Liberté du contrat de mariage. — On peut imaginer une législation où la liberté du contrat de mariage serait absolue : Le mariage n'aurait aucun effet légal sur les biens, le mari étant seulement responsable de leur conservation ; les époux seraient libres de s'arranger à leur convenance, en optant pour l'une des formes de la société, avec droit de représentation conféré à l'un d'eux ou à tous deux. Cette solution avait été proposée en Suisse, mais le rédacteur de l'avant-projet l'a rejeté pour les raisons suivantes. « D'un côté, dit-il, un pareil système ne tiendrait pas compte des changements apportés à la situation de fortune des époux par héritage ou autrement. D'autre part les suites qu'il entraînerait, à défaut de contrat, répugnent à la conscience juridique de notre peuple. On peut exiger du régime légal qu'il produise les effets que la plupart des gens considèrent de bonne foi comme étant déterminés par le mariage. Le mariage n'est pas une société commerciale, dans laquelle on entrera en tablant sur les avantages financiers qu'elle peut offrir ; c'est une commu-

(1) L'hypothèque, la cédula hypothécaire et la lettre de rente.

nauté qui se forme indépendamment de ses effets économiques, et dont les conséquences doivent dès lors être réglées, non seulement par contrat, mais aussi par la loi, dans la mesure où le requièrent les conditions morales de l'institution (1). » Le législateur suisse a donc adopté un régime légal qui sera appliqué à défaut de contrat de mariage. Mais, convaincu que le régime légal ne pourrait convenir à toutes les situations, il a admis l'idée d'une liberté relative du contrat de mariage.

A côté du régime légal de l' « union des biens », dont nous ferons connaître plus loin l'économie, le code prévoit facultativement l'établissement de deux autres régimes, la communauté de biens, et la séparation de biens. Quant à la combinaison et à la modification de ces régimes, il résulte des travaux préparatoires qu'elles sont autorisées (2). La communauté réduite aux acquêts pourra par exemple être considérée comme une modification de la communauté de biens, et le régime dotal comme une forme particulière de la séparation de biens. Un certain nombre de modifications sont d'ailleurs prévues par le code lui-même (3) et d'autres sont certainement possibles.

(1) Exposé des motifs, p. 103.

(2) Voir notamment les observations de M. Gottofrey, rapporteur français devant le Conseil national, à la séance du 19 juin 1905, *Bulletin sténographique*, XV, 668 et suiv.

(3) Articles 199, 214, alin. 3, 226, 237 et suiv., 247, 248 et suiv.

L'essentiel est que le contrat de mariage indique le régime sur lequel il est fondé (art. 179, al. 2) car le régime choisi comme base sera appliqué subsidiairement dans tous les cas non prévus expressément par le contrat. Sans offrir une variété de solutions égale à celle de notre code, on voit que le code suisse, avec ses trois régimes et leurs succédanés, présente une organisation matrimoniale, d'un libéralisme et d'une souplesse suffisante pour s'adapter à tous les besoins.

Le législateur suisse s'est du reste préoccupé de concilier la liberté du contrat de mariage avec les intérêts des tiers, c'est-à-dire des créanciers des époux. C'est pour sauvegarder ces intérêts qu'est institué le registre matrimonial où tout contrat de mariage doit être inscrit pour être opposable aux créanciers (art. 248). Ce système est celui du code civil allemand et était déjà en usage dans le canton de Bâle-Ville. En outre, les créanciers ont bien entendu le droit d'attaquer le contrat de mariage, par la voie de l'action Paulienne ou révocatoire. Enfin, l'article 188 pose en principe que le contrat de mariage ne peut soustraire à l'action des créanciers, des biens qui leur étaient jusqu'alors affectés. Par ces différentes mesures, les intérêts des tiers sont parfaitement sauvegardés.

Mais ce qui est le plus original en cette matière, c'est la liberté reconnue par le code fédéral de modifier le contrat, au cours du mariage (art. 179, al. 1). Les Suisses ne respectent pas comme nous le principe de

l'immuabilité des conventions matrimoniales. La loi fédérale de 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, admettait déjà la possibilité du régime matrimonial pendant le mariage (art. 19 et 20) et cette faculté était également admise, sans qu'il en fût résulté d'inconvénients, par les codes cantonaux du groupe bernois. Ces expériences satisfaisantes étaient une raison pour le rédacteur suisse de permettre la modification durant le mariage. Ce système, il est vrai, ne laisse pas d'être assez dangereux pour les tiers, pour les époux et pour les familles.

D'abord les intérêts des tiers peuvent être considérablement lésés par une modification des clauses du contrat et du patrimoine qui leur est affecté; mais la publicité du contrat de mariage, et leur droit de recours éventuel suffiront semble-t-il, à les protéger en Suisse. En ce qui concerne les époux, il est à redouter que l'un d'entre eux n'abuse de son influence sur l'autre pour lui imposer des modifications du contrat préjudiciables à ses intérêts. Ce danger est sensiblement atténué dans le code par l'exigence de la forme authentique et par l'obligation de soumettre tout contrat passé pendant le mariage à l'approbation de l'autorité tutélaire (art. 181, al. 1 et 2). En réalité, ce seront surtout les parents de l'un des conjoints qui regarderont ses intérêts comme compromis par la liberté du contrat pendant le mariage. Voit-on la fureur du beau-père qui aura pris soin de soumettre son futur gendre au régime dotal le plus

rigoureux et qui le verra quelques jours après le mariage adopter avec l'assentiment de sa propre fille un régime d'où sera exclue toute clause protectrice de la fortune de la femme ! On peut tirer de l'intérêt familial une objection sérieuse contre le système du code suisse ; elle n'a pas ému son rédacteur : « Cette considération, écrit-il, n'est pas de nature à nous arrêter, puisque c'est sur l'union des époux dans la famille restreinte que repose toute l'organisation des effets du mariage (1). » M. Huber nous donne ici une précieuse indication sur l'esprit de son œuvre : il tient le plus grand compte de l'intérêt de la famille au sens large, mais quand cet intérêt se trouve en conflit avec l'intérêt de la famille restreinte, c'est ce dernier qui l'emporte.

Liberté testamentaire. — A l'inverse de la liberté du contrat matrimonial durant le mariage, la liberté testamentaire est une notion qui nous est familière, et, bien qu'elle ait été limitée par des réserves plus ou moins étendues, le principe n'en a jamais été contesté en France. Il n'en est pas de même en Suisse. Après avoir pris une assez grande extension au Moyen-Age « la faculté de disposer y a été soumise à des restrictions telles qu'on n'en rencontre pas d'exemples dans d'autres pays. Sa suppression presque absolue fut érigée pen-

(1) Exposé des motifs, p. 104.

dant longtemps en un système universellement appliqué dans les régions alémanes, et qu'on a même désigné sous le nom de « coutume suisse » (1). Au contraire la Suisse occidentale, dont la législation se rattache au droit romain, a toujours conservé une grande liberté de tester (2). Par l'introduction de cette liberté dans le code fédéral, ce sont donc les idées de la Suisse occidentale qui l'ont emporté sur celles de la Suisse orientale ; le fait est assez rare pour être noté.

On pouvait cependant invoquer des raisons assez sérieuses à l'appui de la limitation du droit de tester. Dans des régions pauvres, où l'individu doit compter sur le petit patrimoine de ses parents pour se créer une situation sociale ou même simplement pour vivre, il est assez naturel que l'on voie d'un mauvais œil toute modification arbitraire de l'ordre successoral. Mais, même dans une population aisée, la limitation de la liberté testamentaire peut présenter des avantages. « Un mode de succession invariable a souvent pour effet de préserver les familles de la convoitise, des compétitions et des discussions intestines. Et l'idée que l'individu doit conserver intacte sa fortune pour la transmettre aux générations suivantes est un puissant stimulant moral (3). »

(1) *Ibid.*, p. 290. Voir *System und Geschichte des schweiz. Privatrechts*, IV, p. 624, n° 33, et p. 654, n° 73.

(2) *Schw. Privat.*, IV, p. 651 et suiv.

(3) Exposé des motifs, p. 291.

Mais dans cet ordre de préoccupations familiales et morales si cher au législateur suisse, un argument tout aussi sérieux peut être présenté en faveur de la liberté de disposer. N'y a-t'il pas lieu dans l'intérêt même de la famille de laisser au testateur une certaine latitude, et de lui permettre de tenir compte, dans la répartition de ses biens, de circonstances particulières que la loi ne peut prévoir ? Le père de famille n'est il pas meilleur juge que le législateur des intérêts de la famille ? Croit-on qu'il disposera de sa fortune dans un esprit contraire à l'équité et à la morale et qu'il abusera de cette liberté testamentaire. « Un vieil adage allemand dit bien : Celui qui veut avoir une fin heureuse et bénie laisse son bien à ses légitimes héritiers. Mais c'est à tort, dit M. Huber, que l'on invoque cet axiome à l'appui de la contrainte édictée par la loi contre le testateur. Son véritable sens vient bien plutôt à l'appui de notre thèse, car il part de la possibilité légale des dernières dispositions, et il fait simplement à l'individu un devoir moral ou religieux de transmettre loyalement ses biens à ses héritiers, tandis que la législation pourra lui accorder plus de liberté et l'autoriser, s'il le juge bon et utile, à surmonter ses scrupules de conscience pour régler la transmission de ses biens contrairement à l'ordre traditionnel (1). »

(1) *Ibid.*, p. 294.

Au reste, s'il existait en Suisse quelques appréhensions relativement à la liberté testamentaire, il ne semblait pas qu'il y eût contre l'adoption du principe une réelle hostilité, puisque l'on voyait l'extension de la faculté de disposer préconisée par des cantons, comme Thurgovie et Schaffhouse, dont la législation en était très éloignée. Enfin, il ne fallait pas l'oublier, il ne résultait pas de la reconnaissance par le code fédéral de la liberté testamentaire que tout le monde dût en user. Il n'y a là qu'une faculté laissée à l'individu et dont il sera libre de ne pas profiter.

Le citoyen suisse peut, aux termes du nouveau code, disposer librement de ses biens depuis l'âge de dix-huit ans, soit en totalité s'il n'a pas d'héritiers réservataires soit dans les limites de la quotité disponible (art. 467 et 470). Nous nous occuperons des différents réservataires à propos du droit de famille. Il y a lieu simplement de noter que la réserve est d'une importance proportionnelle à la proximité de la parenté. La liberté du testateur peut aller jusqu'à l'exhérédation. Le testateur a le droit de déshériter l'héritier réservataire non seulement lorsqu'il a commis un délit grave contre lui ou l'un de ses proches, mais aussi lorsqu'il a gravement failli à ses devoirs envers lui ou envers sa famille. C'est là un droit considérable, et nous aurons à insister sur son importance dans le droit familial.

Outre la faculté de disposer librement de son patrimoine dans les limites de la quotité disponible, l'indi-

vidu possède la faculté non moins précieuse d'en régler l'organisation future. C'est le but du pacte successoral et de la substitution fœdéicommissaire.

Le pacte successoral présente sur le testament ordinaire cet avantage que le disposant peut décider de son vivant de la répartition et de l'organisation de son patrimoine, d'accord avec ceux qui après sa mort le recueilleront et le gèreront. Il peut notamment s'obliger par pacte successoral à laisser tout ou partie de sa succession à un tiers (art. 494) ou s'assurer à l'avance, au besoin à titre onéreux, de la renonciation d'un de ses héritiers à sa succession (pacte de renonciation, art. 495).

Encore qu'une pareille forme de disposition présente dans certains cas un intérêt incontestable et que nous aurons occasion de signaler (1), il est évident qu'elle est d'une particulière gravité. Aussi nombre de cantons s'étaient refusé à l'admettre dans leur législation, et plusieurs autres se sont dans leur rapport prononcé nettement contre son admission dans le code civil. Le rédacteur l'y a cependant introduite, mais il en a entouré l'emploi de mesures de prudence et de sécurité. Tout d'abord, le code interdit formellement le pacte conclu sur la succession non ouverte d'une personne sans le concours et l'assentiment personnel de celle-ci (art. 636). Pour conclure un pacte successoral le dispo-

(1) Voir ci-dessous, chap. 3, le patrimoine familial.

sant doit être majeur (art. 468). En outre la forme authentique est exigée, et la présence d'un officier public est une sérieuse garantie contre les surprises ou les abus (art. 512). Enfin, la révocation du pacte est possible, également dans la forme authentique (art. 513).

La substitution fidéicommissaire permet au disposant de grever l'héritier par lui institué de l'obligation de rendre la succession à un tiers, l'appelé. Cette substitution n'est autorisée qu'à un degré, et le disposant primitif ne pourrait pas imposer la même charge à l'appelé (art. 488). Mais au premier degré, la substitution est permise à toute personne et en faveur de qui que ce soit. Cette disposition est par conséquent beaucoup plus large que celles du droit français aux termes desquelles les substitutions ne peuvent être faites, que par les seuls père et mère, frères ou sœurs du grevé, (ces derniers, s'ils n'ont pas eux mêmes d'enfants) et en faveur de tous ses enfants nés et à naître, sans exception (art. 1048 et suiv.).

Les dispositions testamentaires peuvent être grevées dans le droit suisse non seulement de substitution, mais aussi de diverses charges et conditions. A cet égard, le disposant jouit encore de la liberté la plus grande. Il doit seulement se garder d'insérer dans ses dispositions des conditions illicites ou immorales (art. 482). On sait qu'aux termes de notre article 900 les conditions illicites ou contraires au mœurs sont

réputées non écrites et n'emportent pas la nullité de l'acte qui les renferme. Il est vrai qu'on a longtemps fait prévaloir dans la pratique l'application de l'article 1131 et décidé par suite que les libéralités qui avaient une cause illicite ne pouvaient avoir aucun effet. Mais depuis 1863 la jurisprudence a changé et elle distingue aujourd'hui le cas où la condition illicite a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité et celui où elle n'a nullement ce caractère; et ce n'est, d'après son interprétation, que dans le premier cas que la nullité de la condition doit entraîner celle de l'acte tout entier. L'article 482 du code suisse ne permet pas une semblable interprétation : il déclare absolument nulle toute disposition grevée de charges ou de conditions illicites ou contraires aux mœurs. Dans la pensée du législateur cette nullité de la disposition tout entière agira comme une sorte de peine contre l'individu qui n'aura pas craint d'insérer dans son testament une condition illicite ou immorale.

La liberté du testament quant à la teneur de ses dispositions doit avoir pour corollaire la liberté de la forme testamentaire. La forme olographe est en effet admise par le code suisse, c'est-à-dire le testament écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, sans le concours de qui que ce soit. Le danger dans cette forme de testament, c'est le risque de disparition ou de vol de l'acte. Aussi le code dispose-t-il prudemment : « Les cantons pourvoient à ce que l'acte, ouvert

ou clos, puisse être remis à une autorité chargée d'en recevoir le dépôt (art. 505). »

A côté de la forme olographe, le code autorise l'emploi de la forme authentique (art. 499) et nous avons vu qu'elle est même la seule possible pour la rédaction d'un pacte successoral. Enfin, le code admet dans des cas exceptionnels la forme orale (art. 506). C'est la plus dangereuse de toutes. Aussi l'usage en doit-il être motivé par des circonstances extraordinaires (danger de mort imminent, communications interrompues, épidémie, guerre). Le testateur déclare ses dernières volontés à deux témoins qu'il charge d'en dresser ou d'en faire dresser acte. Le testament oral cesse d'être valable lorsque quatorze jours se sont écoulés depuis que le testateur a recouvré la liberté d'employer l'une des autres formes (art. 508). Malgré cette précaution, ce mode de testament est bien périlleux. Si un accident se produit avant l'expiration du délai légal, la probité des témoins est la seule garantie que les dernières volontés du défunt seront respectées. Le libéralisme du législateur suisse nous semble ici aller jusqu'à la témérité.

II

LES PERSONNES MORALES.

La personnalité que nous avons jusqu'ici étudiée se confondait avec la personnalité physique ; il est aussi des individualités juridiques qui dépassent les limites de la personne physique : ce sont les individualités collectives que nous nommons « personnes morales » et que les Allemands appellent « personnes juridiques » (*juristischen Personen*).

On traite d'ordinaire dans un chapitre spécial de ces personnes morales, parce qu'elles sont soumises à des règles différentes de celles qui régissent les individus ordinaires. D'abord, on ne peut jamais leur appliquer les règles qui se rapportent aux attributs naturels de l'homme (âge, sexe, parenté, maladie mentale, etc...) En outre, dans la plupart des législations, leur formation est subordonnée à une autorisation de l'État, et leur capacité limitée par un ensemble de dispositions restrictives. Mais si cette capacité est limitée, elle n'est pas différente par nature de la capacité individuelle. « C'est seulement quant à son étendue et non quant à son essence que la capacité n'est pas la même chez l'individu que chez la personne juridique... La personne juridique a l'exercice comme la jouissance des droits

civils ; sa capacité diffère quantitativement, mais non qualitativement de celle de l'individu (1). » Aussi le législateur suisse écarte-t-il comme défectueuse la distinction connue entre personnes physiques et personnes juridiques. « Elle fait naître, dit-il, l'idée que l'être humain est toujours une personne, dans le sens de la loi, tandis que le groupement de personnes n'acquerrait la personnalité qu'en vertu d'un privilège ou d'une fiction ; or cette idée est erronée, puisque, dans les deux cas, la personnalité repose sur la reconnaissance d'une situation de fait par le droit lui-même... Dans la première hypothèse, la personne est l'œuvre de la nature ; dans la seconde, elle ne résulte que d'un acte juridique (2). » C'est là la seule différence.

Sous le bénéfice de ces observations (qui montrent qu'il n'est pas dupe de l'idée de personnalité fictive), le législateur suisse traite, comme il est d'usage, des personnes morales dans un titre spécial. Ici encore, il se montre très libéral. Il reconnaît l'existence de la personne morale dès que la volonté de la constituer est indubitablement démontrée. Il ne fait pas dépendre la reconnaissance de la personne morale d'une concession ou d'une décision spéciale de l'autorité. La personnalité n'est pas conférée par les pouvoirs de l'État. L'accomplissement des formalités prescrites suffit pour son

(1) Exposé des motifs, p. 38 et 39.

(2) *Ibid.*, p. 37.

acquisition. La principale de ces formalités est l'inscription au registre du commerce, mesure de publicité obligatoire pour toute personne juridique poursuivant un but économique. Y sont par conséquent soumises toutes les sociétés poursuivant un but économique à titre principal ou en vue d'atteindre un autre résultat quelconque, les sociétés anonymes et les associations du code des obligations, enfin la plupart des fondations. Ne sont dispensées de publicité que les personnes morales du droit public, les associations qui n'ont pas un but économique, les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille. Celles-ci acquièrent la personnalité civile dès qu'elles se sont organisées corporativement. Sans doute, il pourra être avantageux pour elles de se faire inscrire aussi au registre du commerce, car il leur sera alors plus facile de faire la preuve qu'elles sont corporativement organisées. Mais la personnalité civile leur est acquise, indépendamment de cette inscription.

Que l'inscription au registre public leur soit ou non imposée, les personnes morales n'ont besoin d'aucune autorisation pour acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations dont les individus sont susceptibles (réserve faite, bien entendu, de ceux qui sont inséparables des conditions naturelles de l'homme) (art. 53). Elles ont l'exercice des droits civils dès qu'elles possèdent les organes nécessaires à leur exercice (art. 54). De même que les personnes physiques n'ac-

quièrent l'exercice des droits civils que par leur maturité intellectuelle, de même les personnes juridiques ne peuvent l'acquérir qu'en se donnant des organes. « Ces organes sont nécessaires à leur constitution, mais ils peuvent disparaître ou faire défaut sans qu'il y ait de ce chef déchéance de la personnalité. Il suffit que la possibilité de les instituer soit encore là (1). »

Quant au rôle de ses organes, l'Exposé des motifs fait observer qu'ils « ne doivent pas être considérés comme des représentants ou des tuteurs », mais qu'ils « expriment directement la volonté de la personne juridique, et partant exécutent des actes qui sont les siens propres » (2). Cette remarque est d'une grande importance pratique. Si en effet l'on envisageait les organes comme de simples représentants, les personnes juridiques ne pourraient commettre d'actes illicites. Les personnes juridiques ne pouvant en effet poursuivre un but contraire à la loi (art. 52, al. 3), tout acte illicite serait considéré comme outrepassant leurs pouvoirs et les auteurs de l'acte en seraient seuls et personnellement responsables. Les personnes juridiques ne pourraient être tenues même des suites économiques des actes illicites commis dans ces circonstances. Tout autre est la notion du code. « Dès le moment où les organes de la personne juridique sont un élément de sa

(1) *Ibid.*, p. 70. C'est ici le point faible de la théorie. Nous y reviendrons tout à l'heure à propos des fondations.

(2) *Ibid.*, p. 51.

personnalité, l'acte qu'ils commettent est également un acte de cette personnalité, pourvu qu'ils aient agi en leur qualité d'organes, et peu importe qu'ils soient restés dans les limites de leurs compétences ou qu'ils les aient outrepassées... La personne juridique est engagée par les actes de ses organes (1) ». Les organes engagent les personnes juridiques, non comme représentants de celles-ci, mais parce qu'ils sont un élément de la personnalité.

La dissolution de la personne morale peut résulter, soit de sa volonté propre, soit d'une intervention de l'autorité. A la seule condition d'observer pour cela les formes prévues par ses statuts, la personne morale a toujours le droit de mettre fin à son existence. Mais en outre l'autorité peut la dissoudre, si elle poursuit un but illicite ou contraire aux mœurs ou si par ses actes elle contrevient à la loi (art. 52, al. 3, 78 et 88) qu'advient-il, en ce cas de dissolution, de la fortune de la personne morale ? S'il y a disposition formelle de la loi, des statuts ou des organes compétents, on n'aura qu'à s'y conformer et à transmettre les biens à la corporation ou à l'établissement désigné. La solution sera moins simple, à défaut de disposition précise. L'article 57 décide que, dans ce cas, la fortune des personnes morales dissoutes est dévolue à la corporation publique (confédération, canton, commune) dont elles relevaient

(1) *Ibid.*, p. 52.

par leur but ; et il ajoute : « La destination primitive des biens sera maintenue dans la mesure du possible. » Nous voyons apparaître ici la théorie allemande selon laquelle c'est en quelque sorte le but de l'institution qui est propriétaire, théorie qui trouve son application principale en matière de fondations (1). Enfin, si la personne morale est dissoute judiciairement parce que son but était illicite ou contraire aux mœurs, la dissolution aura lieu au profit d'une corporation publique, notwithstanding toute disposition contraire. C'est encore une sorte de peine infligée par l'autorité à ceux qui violent les règles de la loi ou de la morale.

Aux termes de l'article 59, les corporations ou établissements ayant un caractère ecclésiastique, sont réservés au droit public de la Confédération et des cantons. Quant aux sociétés d'allmends, elles restent du domaine cantonal.

Après avoir donné quelques règles générales, applicables à toutes les personnes morales, le code s'occupe spécialement dans deux chapitres, des associations et des fondations.

Parmi les associations dont elle règle la situation légale, la loi énumère : les associations politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation, et en général toutes celles qui n'ont pas un but économique. Toutes ces associations acquièrent la

(1) Voir ci-dessous, p. 167.

personnalité dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement (art. 60). Nous avons déjà vu que, si elles n'en ont pas l'obligation, elles ont la faculté de se faire inscrire au registre du commerce. Puisque l'inscription n'est plus nécessaire à la constitution d'une personne juridique, le seul avantage en est que, le cas échéant, l'association n'a pas besoin de prouver son existence comme telle. Pour lui contester la personnalité, il faudra prouver qu'elle ne l'a pas.

L'article 61 impose d'ailleurs l'inscription à toute association qui pour atteindre son but intellectuel, moral ou de bienfaisance, exerce une industrie en la forme commerciale. Il en est ainsi des sociétés d'épargne, des logements ouvriers, des coopératives de consommation, des mutualités, et en général de toutes les associations qui, tendant à l'amélioration des intérêts matériels de leurs membres même sous forme d'assistance, ne contribuent qu'indirectement, par ce qu'elles gagnent, à atteindre un but intellectuel ou moral. Un examen de chaque espèce sera nécessaire, pour décider lequel du but intellectuel ou moral, ou du but économique, est directement poursuivi.

D'après ce qui précède, il peut fort bien exister des associations qui ne sont pas inscrites au registre : elles sont assimilées aux sociétés simples (art. 62). Le code consacre un certain nombre d'articles à l'organisation de l'association, destinés à être appliqués au

cas où les statuts ne renfermeraient pas de règles à cet égard. Mais ce n'est là qu'une organisation type, et les statuts seront libres d'établir des règles différentes, à condition de ne pas déroger aux dispositions impératives de la loi.

Toute cette législation est fort libérale et bien propre à entretenir la prospérité et à favoriser le développement des associations de toute nature si nombreuses déjà en Suisse. Le régime de nos associations, tel qu'il est établi par la loi du 1^{er} juillet 1901, est autrement rigoureux. L'association non déclarée, qu'on est tenté de rapprocher de l'association suisse non inscrite, ne jouit d'aucune capacité juridique (art. 2). Son existence est licite, mais elle ne peut ni acquérir, ni ester en justice. L'association suisse, au contraire, possède sans inscription, et par le seul fait de son organisation corporative, la personnalité civile. L'association déclarée et même l'association reconnue d'utilité publique ont chez nous leur capacité limitée par des restrictions considérables que ne connaissent pas les associations suisses. Elles ne peuvent posséder, comme immeubles, que ceux qui sont nécessaires au but qu'elles se proposent (art. 6 et 11). En outre, l'association simplement déclarée ne peut recevoir aucune libéralité, et l'association reconnue doit obtenir l'autorisation administrative pour les accepter (art. 910. c. c. Loi du 4 février 1901, art. 54). La capacité des associations suisses n'est limitée par aucune disposition de cette nature.

La fondation est définie par le code suisse « l'affectation des biens en faveur d'un but spécial » (art. 80). Mais tandis qu'en France nous nommons fondation tout aussi bien l'attribution des biens à des établissements déjà organisés que la disposition nécessitant la création d'un établissement nouveau, le législateur suisse réserve le mot à la désignation de cette dernière (1). La fondation suisse tend en principe à la création d'un établissement nouveau. La fondation est constituée par acte authentique ou par testament. L'inscription au registre du commerce est obligatoire ; elle s'opère selon les indications fournies par l'acte de fondation, ou, à défaut, suivant les instructions de l'autorité de surveillance (art. 81).

Dans notre théorie française, l'acte de fondation instituant directement un établissement nouveau, ne peut recevoir d'exécution, aucune libéralité ne pouvant être adressée à une personne non encore conçue, et par conséquent à un établissement encore inexistant. On tourne la difficulté au moyen du biais admis par la jurisprudence et qui consiste à charger un tiers, dépositaire ou légataire des biens, de réaliser la fondation comme le fondateur l'aurait fait lui-même. En Suisse, pareille difficulté n'existe pas en général, puisque,

(1) C'est d'ailleurs son vrai sens technique : « Une fondation, au sens propre du mot, ne se présente que lorsque la disposition crée une personne juridique nouvelle. » Roth : *System des Deutschen Privatrecht*, 1^{re} partie, p. 73.

comme nous l'avons vu, la personne morale a la personnalité juridique, dès qu'elle possède les organes nécessaires à son fonctionnement. Généralement, l'acte de fondation indique de façon précise les organes et le mode d'administration de la fondation, et, dans ces conditions, l'on peut admettre qu'elle existe comme personne juridique, dès la rédaction de l'acte.

Mais il peut se faire que les indications de l'acte de fondation relativement à son organisation soient insuffisantes ou même fassent complètement défaut. Est-il possible de soutenir alors que la personnalité juridique de la fondation est déjà existante ? M. Huber avait cherché à le soutenir dans les motifs de son avant-projet. Il prétendait que, dans ce cas, la personnalité juridique existait en quelque sorte virtuellement. « Les organes, disait-il, peuvent disparaître ou faire défaut, sans qu'il y ait de ce chef déchéance de la personnalité. Il suffit que la possibilité de les instituer soit encore là (1). » L'idée nous paraît spécieuse, et cette espèce de personne juridique en puissance est quelque chose d'assez artificiel. Au reste, en ce qui concerne les fondations, cette conception paraît avoir été abandonnée au cours des travaux préparatoires et le texte définitif nous semble plutôt une application de la théorie allemande des « *Stiftungen* ».

« La « *Stiftung* » allemande est un patrimoine

(1) Exposé des motifs, p. 70.

affecté à une destination déterminée, dont personne n'est réputé propriétaire, et qui trouve en lui-même la raison de son existence (1). C'est un capital qui est « en quelque sorte animé » (2) et vit par lui-même, sans qu'aucune personnalité étrangère soit mêlée à son existence. Avec cette conception qui fait d'une idée un sujet de droit, indépendamment de toute personnalité humaine ou de toute corporation, la validité de l'acte de fondation est incontestable et son organisation ne rencontre plus de difficultés. La théorie allemande permet de justifier notamment les solutions du code suisse.

Au cas où l'acte ne renferme pas d'indications suffisantes sur l'organisation de la fondation, l'autorité de surveillance prend les mesures nécessaires pour l'organiser conformément aux institutions du disposant (art. 83, al. 2). C'est donc que la fondation existe déjà, à titre d'idée indépendante, malgré l'absence d'organisme. Si cependant la fondation ne peut être organisée conformément à son but, l'autorité de surveillance remet les biens à une autre fondation dont le but est aussi voisin que possible de celui qui était prévu (art. 83, al. 3). Le fondateur a d'ailleurs le droit d'écarter par une clause de l'acte cette affectation subsidiaire des biens.

La fondation organisée est placée sous la surveillance de l'État (confédération ou canton) ou de la commune

(1) Puchta : *Pandecta*, p. 27.

(2) Lory : *Du mode d'établissement des fondations*, thèse, Paris, 1888, p. 161.

dont elle relève par son but. L'autorité de surveillance est chargée de veiller à ce que les biens soient employés et conservés conformément à leur destination (art. 84). Tout intéressé peut recourir à elle et lui signaler les infractions à cette règle.

L'autorité de surveillance possède un droit beaucoup plus grave, celui de proposer la modification des fondations existantes. La modification peut porter soit sur l'organisation, soit sur le but. Pour qu'une modification de l'organisation soit possible, il faut qu'elle soit reconnue absolument nécessaire à la conservation des biens ou à la réalisation de l'œuvre (art. 85). On peut citer l'exemple d'une fondation dont les administrateurs auraient été nommés par une autorité cantonale qui présentait alors toutes les garanties nécessaires et a cessé de les offrir. Quant à la modification du but, elle ne peut avoir lieu que « lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation a manifestement cessé de répondre aux intentions du fondateur » (art. 86). On a voulu, semble-t-il, éviter de maintenir une fondation dont le but serait devenu inutile ou absurde, telle par exemple « une fondation constituée aux fins de procurer aux familles indigentes les objets nécessaires pour les obsèques, dans une commune où, depuis lors, on a introduit la gratuité des ensevelissements » (1). Mais cette modification du but

(1) Exposé des motifs, p. 81.

est à nos yeux encore plus dangereuse que la modification de l'organisation, et il est à redouter qu'il n'en soit fait un usage arbitraire.

Enfin l'autorité de surveillance a le droit de provoquer la dissolution par jugement de la fondation, lorsque son but est devenu illicite ou contraire aux mœurs. Lorsque le but de la fondation a cessé d'être réalisable, la dissolution a lieu de plein droit (art. 88).

CHAPITRE TROISIÈME

LA FAMILLE

On appelle communément famille, deux groupements d'inégale importance, et dont les intérêts sont loin d'être toujours confondus, bien que l'un puisse être considéré comme le complément de l'autre. La famille, au sens restreint du mot, se compose du couple conjugal et des enfants qui en sont issus (1). Au sens large, elle comprend non seulement ceux-ci, mais encore tous leurs parents et alliés, aux degrés les plus rapprochés. Si la famille, au sens restreint, occupe une place prépondérante dans la loi suisse, comme il convient à une loi d'esprit essentiellement moral (2), la famille au sens large y tient aussi une place importante. Nous allons nous occuper successivement de l'une et de l'autre.

(1) C'est ce que le législateur suisse appelle : l'union conjugale. Voir notamment : Exposé des motifs, p. 432.

(2) « Aujourd'hui des relations étroites ne se maintiennent guère au-delà de la parenté la plus proche. On ne saurait dès lors attendre du législateur qu'il s'attache à reconstituer le large faisceau de la parenté ancienne ; son attention devra se concentrer tout entière sur l'organisation de la famille dans le sens restreint et moderne de ce mot. » Exposé des motifs, p. 88.

I

LA FAMILLE, AU SENS RESTREINT.

Le mariage.

La famille au sens restreint se constitue par le mariage. Mais avant de voir quelles sont les règles du mariage, il nous faut dire un mot des fiançailles qui le précèdent et auxquelles est consacré un chapitre particulier du code. La loi suisse ne s'occupe pas de la promesse de mariage pour en sanctionner l'inexécution comme elle sanctionnerait l'inexécution d'une obligation de faire. Elle n'admet pas plus que la nôtre la force obligatoire des fiançailles, et dénie tout effet aux stipulations de peines conventionnelles (*stipulatio pœnæ*) auxquelles on recourt parfois dans les engagements de cette nature (art. 91). Elle se contente seulement de donner une action en indemnité pour cause de rupture de fiançailles, dans deux cas bien déterminés lorsqu'un des fiancés rompt son engagement sans de justes motifs, et lorsqu'il provoque par sa conduite une rupture justifiée de la part de l'autre. Dans ces deux cas « la partie en faute doit à l'autre, aux parent ou aux tiers ayant agi en lieu et place de ces derniers, une indem-

nité équitable pour les dépenses faites de bonne foi en vue du mariage » (art. 92). D'après cette formule générale, le dommage pourra comprendre non seulement les dépenses faites par le fiancé innocent, mais aussi celles faites par des tiers. C'est en somme à un résultat analogue que parvient notre jurisprudence, lorsqu'elle prend en considération le dommage causé par la rupture sans motifs sérieux d'un projet de mariage, pour accorder des dommages-intérêts par application du principe général de l'article 1382 (1). Outre le dommage matériel résultant de dépenses faites en vue du mariage manqué, la rupture des fiançailles peut causer un dommage moral. Nous avons vu que le fiancé demandeur pourra réclamer de ce chef une indemnité à titre de satisfaction personnelle, en l'absence même de tout autre dommage (art. 93). Notre jurisprudence admet elle aussi depuis longtemps la possibilité d'une demande d'indemnité à raison du préjudice moral résultant de la rupture (2). Enfin le code permet aux fiancés de réclamer en cas de rupture les cadeaux qu'ils se sont faits, mais seulement jusqu'à concurrence de l'enrichissement (art. 94). Toutes les actions dérivant des fiançailles se prescrivent par un an à dater de la rupture (art. 95); les familles seront ainsi à l'abri des réclamations tardives et du chantage.

(1) Voir notamment un arrêt de cassation du 12 novembre 1901. Dalloz, 1902, 1, 46. Sirey, 1902, 1, 237.

(2) Cass. 30 mai 1838. Sirey, 38, 1, 492.

La question de l'âge requis pour contracter mariage est de celles qui ont donné lieu dans les Chambres à une discussion assez étendue. Le succès a fini par rester à ceux qui, dans un but moral, en demandaient le recul. Les sociétés féministes notamment avaient fait une campagne ardente pour l'élévation de l'âge matrimonial, voyant dans la réforme un moyen d'augmenter la circonspection du sexe féminin à l'égard des liaisons dangereuses et par suite de faire prévaloir une conception plus haute des relations entre les sexes. L'article 96 fixe l'âge matrimonial à vingt ans pour l'homme, et dix-huit ans pour la femme. Cependant, pour faire une concession aux partisans d'un âge moins élevé, on a admis « à titre exceptionnel et pour des raisons majeures » la faculté pour le gouvernement cantonal du domicile, de déclarer une femme de dix-sept ans et un homme de dix-huit ans révolus capables de contracter mariage, si les parents ou le tuteur y consentent (art. 96, al. 2).

Pour pouvoir contracter mariage, il ne suffit pas d'avoir l'âge requis, il faut aussi être capable de discernement, et le code suisse n'entend pas par là la simple capacité naturelle. « Les personnes atteintes de maladies mentales (même si elles ne sont pas en état d'incapacité naturelle) sont absolument incapables de contracter mariage » (art. 97). « Cette disposition, disent les Motifs, a été dictée par le souci des mariages sains, comme aussi par la crainte de voir se propager les ma-

ladies mentales (1). » Elle est trop rigoureuse à notre sens, et si l'on comprend que l'on veuille empêcher la propagation de la folie incurable qui peut avoir une dangereuse influence héréditaire, il n'y a guère d'inconvénients à autoriser le mariage du faible d'esprit, dont l'état sans gravité sera souvent amélioré par les soins dévoués d'un conjoint. Tout au moins, devrait-on lui permettre le mariage, sous réserve de l'approbation et de l'assistance de son tuteur ou de son conseil.

Enfin les mineurs et interdits ne peuvent contracter mariage sans le consentement des détenteurs de la puissance paternelle ou tutélaire (art. 98 et 99). Il faut ici observer que la tutelle a dans la loi suisse une application beaucoup plus étendue que dans la loi française, et qu'en conséquence l'obligation de s'assurer le consentement de leur tuteur à leur mariage s'impose non seulement aux condamnés interdits légalement (2) et aux prodigues (pourvus chez nous d'un conseil judiciaire et soumis en Suisse au régime de l'interdiction), mais aussi à des individus interdits pour cause d'ivrognerie ou de mauvaise conduite (art. 370), et à des individus mis en tutelle sur leur demande pour cause de faiblesse sénile, infirmité ou inexpérience (art. 372). « S'il y a des motifs suffisants d'interdire ces personnes, il est

(1) Exposé des motifs, p. 144.

(2) En Suisse : condamnés pour un an ou plus à une peine privative de la liberté (art. 371). En France : condamnés à une peine afflictive et infamante (art. 29, code pénal).

pour le moins aussi nécessaire de prendre des mesures pour qu'ils ne s'engagent pas à la légère dans les liens du mariage, le mariage ayant même au point de vue des intérêts économiques une portée bien supérieure à celle de tous les autres actes de la vie civile (1). » Toutefois, comme il est nécessaire que ces divers incapables soient protégés contre les abus de pouvoir, ils ont un droit de recours aux autorités de tutelle contre le refus du tuteur de consentir au mariage (art. 99), outre, bien entendu, le droit de demander la mainlevée de l'interdiction (art. 433 et suiv.).

Pour les individus majeurs et non interdits, aucune condition spéciale de capacité n'est exigée. Le consentement des parents ou ascendants à leur mariage n'est pas requis comme chez nous, et ils n'ont besoin de recourir ni à la forme aujourd'hui oubliée de l'acte respectueux, ni à la forme nouvelle de la notification (Loi du 21 juin 1907, art. 51, nouveau, code civil), dernière concession de notre code à des idées surannées. Plus logiques que nous, les Suisses ont rejeté toute cette comédie formaliste, et du moment qu'ils ne considèrent pas comme essentielle l'approbation du mariage par les parents, ils préfèrent proclamer franchement le principe de la liberté matrimoniale que de demander un avis dont il ne sera pas tenu compte (puisqu'on passera outre au bout de trente jours, s'il est défavorable).

(1) Exposé des motifs, p. 93.

Aussi déclarent-ils, par la voix de M. Huber, que le mariage est « un droit éminemment personnel auquel chacun peut prétendre » (1). Ici encore, leur solution est très libérale.

Les empêchements au mariage, à raison de la parenté et de l'alliance, sont les mêmes que dans notre code. Cependant le mariage n'est pas prohibé entre beaux-frères et belles-sœurs (art. 100). L'existence d'un précédent mariage non encore dissous est bien entendu aussi un empêchement à une nouvelle union. Mais, par une mesure libérale et pratique, le législateur suisse permet au conjoint d'une personne absente de demander au juge la dissolution de son mariage, lorsque les conditions de la déclaration d'absence se trouvent réunies (art. 102). Il pourra demander cette dissolution en même temps que la déclaration d'absence. Il pourra aussi la demander seulement plus tard, par une action séparée. Il se peut qu'il veuille seulement liquider la situation pécuniaire résultant de la disparition de son conjoint, sans rompre le lien conjugal où le retiennent l'espoir d'un retour et un profond sentiment de fidélité. Alors, l'absence sera déclarée à sa demande ou à celle des héritiers, mais le mariage ne sera pas dissous. En France, il est impossible à la femme de l'absent de se remarier, alors même qu'elle aurait la quasi-certitude de la mort de son mari dans un combat, un sinistre

(1) *Ibid.*, p. 92.

maritime, une expédition lointaine, faute par elle de pouvoir justifier de cette mort par la présentation d'un acte de décès. La solution de nos voisins est fort heureuse et pourra rendre de grands services.

Les formalités relatives à la publication du mariage sont très simples, et à peu près semblables à celles qu'a établies chez nous la loi du 21 juin 1907. La déclaration est faite à l'officier de l'état civil du domicile du fiancé. Il n'y a qu'une publication, mais qui est faite concurremment au domicile et au lieu de naissance des fiancés (art. 106). Le droit de former opposition appartient à tout intéressé pendant dix jours à dater du jour de la publication. Il se fonde sur l'incapacité de l'un des fiancés ou l'existence d'un empêchement dirimant (parenté au degré prohibé, union antérieure non dissoute). L'officier de l'état civil est tenu d'écarter purement et simplement toute opposition qui n'est pas fondée sur l'un de ces motifs (art. 108).

Les dispositions relatives à la célébration n'ont besoin d'aucun commentaire. Il faut pourtant remarquer l'article 118, qui défend de procéder à la bénédiction religieuse avant le mariage civil. « En ne permettant pas que le mariage soit béni à l'église avant d'être célébré civilement, le législateur s'écarte à la vérité du principe de la neutralité qu'il s'impose envers tous actes religieux qui n'empiètent pas sur ses attributions. Il faut avouer que si cette mesure d'ordre est absolument nécessaire dans l'intérêt même des futurs époux, elle a

un caractère quelque peu exceptionnel (1). » Aussi les auteurs du projet ont-ils jugé utile « pour calmer certaines appréhensions » d'ajouter à l'article 118 la déclaration suivante : « Au reste les dispositions de la loi civile ne touchent pas au mariage religieux et ne s'immiscent pas dans sa réglementation, comme tel (2). » Ce n'est pas uniquement dans le but de marquer la distinction du sacrement et du contrat civil et laïque que l'on a inséré cette déclaration dans la loi ; c'est un témoignage de respect et de tolérance à l'égard des diverses croyances. « Le législateur déclare ainsi qu'il n'entend ni prohiber la bénédiction religieuse, ni en diminuer la signification aux yeux des intéressés (3). »

La matière des nullités de mariage est traitée d'une façon plus claire et plus complète que dans la loi fédérale de 1874. Le code distingue nettement les nullités absolues, c'est-à-dire les cas dans lesquels tout intéressé et l'autorité compétente peuvent intenter l'action, et les nullités relatives qui ne peuvent être invoquées que par les conjoints ou plutôt par l'un d'eux (art. 123 à 127). Ce sont l'erreur, le dol et la violence. L'erreur sur les qualités de la personne est prise en considéra-

(1) Message du 28 mai 1904, p. 22.

(2) « Im übrigen bleibt die kirchliche Ehe, als solche, von den Bestimmungen dieses Gesetzes unberührt. » — Notre traduction, encore qu'un peu longue, nous paraît plus précise que le texte législatif français : « Les dispositions de la loi civile ne concernent d'ailleurs pas le mariage religieux. » Elle marque mieux la pensée du législateur.

(3) Message du 28 mai 1904, p. 22.

tion quand elle a porté « sur des qualités si essentielles que leur défaut rend la vie commune insupportable (1) » au conjoint qui l'invoque (art. 124, al. 2). Quant aux manœuvres dolosives, elles sont une cause de nullité, quand elles ont abouti à une erreur décisive sur l'honorabilité du conjoint, et quand elles ont consisté dans la dissimulation d'une maladie dangereuse pour la santé du demandeur ou celle de sa descendance (art. 125). Dans les législations où ces différentes circonstances ne fournissent pas matière à nullité, elles sont inévitablement invoquées à l'appui d'une demande en divorce. Le législateur suisse a sagement fait en écartant cet expédient du divorce, et en offrant un moyen de rupture plus conforme aux intérêts des parties.

A côté des nullités proprement dites, il existe dans la loi suisse ce que nous appelons des empêchements simplement prohibitifs, n'emportant pas nécessairement la dissolution du mariage. C'est pourquoi ne sont déclarés nuls ni les mariages célébrés sans toutes les formalités (pourvu qu'ils aient été célébrés par un officier de l'état civil) ni les mariages célébrés avant l'expiration des délais légaux, ni les mariages entre adoptant et adopté (art. 129 et suiv.).

Enfin, lors même que la nullité du mariage est prononcée, elle ne produit ses effets qu'à dater du jugement qui la constate (art. 132). C'est ce que l'on ap-

(1) Sur le sens et la portée de cette formule, voir ci-dessous, p. 182.

pelle la nullité *ex nunc*, par opposition à la nullité *ex tunc* du droit français. La doctrine française en effet (sauf en ce qui concerne le mariage putatif) admet d'une façon générale la rétroactivité du jugement qui déclare nul le mariage. L'absence de rétroactivité du code suisse est surtout équitable pour les enfants issus du mariage déclaré nul ; ils sont considérés comme légitimes, sous tous les rapports, et dès leur naissance, même lorsque leurs père et mère n'étaient pas de bonne foi.

Divorce et Séparation de corps.

Le divorce peut être prononcé, d'après le nouveau code comme d'après la loi fédérale du 24 décembre 1874, pour des causes déterminées ou indéterminées. Aux quatre causes de notre code, le législateur suisse a ajouté trois autres causes déterminées de divorce : l'abandon malicieux, et la folie incurable (comme notre droit révolutionnaire, et comme le code allemand) et l'atteinte à l'honneur.

Une même formule se retrouve dans les dispositions relatives aux cas d'atteinte à l'honneur et de maladie mentale (art. 139 et 141). Il faut que la vie commune soit devenue insupportable (1) au demandeur pour qu'il

(1) Nous avons déjà rencontré cette expression dans l'article relatif à l'erreur sur les qualités du conjoint ci-dessus, p. 180.

puisse arguer de ces faits en vue d'obtenir le divorce. La même formule est reproduite dans l'article 142, qui admet le divorce pour causes indéterminées, et est ainsi conçu : « Chacun des époux peut demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable. » Cette formule est une précaution contre les demandes insuffisamment motivées et la complaisance excessive des juges. Elle a paru assez rigoureuse pour arrêter la progression inquiétante du nombre des divorces. Elle est évidemment moins large que celle qui figurait dans la loi de 1874. « Si la continuation de la vie commune est incompatible avec la nature du mariage » et « si le lien conjugal est profondément atteint » (art. 45 et 47). Il faudra désormais qu'il y ait impossibilité radicale de vie commune. Mais il est encore bien dangereux de s'en remettre pour l'appréciation de ce point à la seule conscience du juge. La formule des articles 142 et autres, se pliera trop facilement aux interprétations extensives et ne résistera pas au courant des idées contemporaines.

L'article 142 consacre en somme le divorce pour incompatibilité d'humeur. L'action pourra être intentée par l'un seulement des conjoints, mais elle pourra également être intentée par les deux conjoints, et ce sera alors le divorce par consentement mutuel. Toutefois, aux termes de la disposition finale dudit article « si la désunion est surtout imputable à l'un des conjoints, l'action ne peut être intentée que par l'autre ». L'Exposé des

motifs a beau déclarer que « la demande intentée par les deux conjoints doit être aussi bien fondée que celle émanant d'un seul » (1) il est difficile de ne pas voir dans son admission une importante concession aux partisans de l'extension du divorce. « On peut affirmer que nous allons vers des temps où la désunion sera aussi facile que l'union ». Le code suisse « nous donne le premier terme de l'évolution qu'a prévue Portalis en 1804 » (2). Loin d'être contrariée en Suisse, cette évolution serait plutôt favorisée par l'esprit protestant (3).

Il est cependant une innovation qui, au contraire, semble plutôt favorable aux adversaires du divorce, et est en tout cas fort libérale : l'action peut tendre au divorce ou à la séparation de corps (art. 143). La loi de 1874 ne connaissait que le divorce. Le juge était tenu de prononcer le divorce dans les cas prévus. La séparation de corps, admise par l'article 47, n'apparaissait que comme une mesure provisoire ordonnée d'office pour une durée de six mois à deux ans, sans effet

(1) Exposé des motifs, p. 122.

(2) Maxime Leroy : L'avant-projet du code civil suisse, *Revue de Paris*, numéro du 1^{er} décembre 1902, p. 639.

(3) Les influences confessionnelles sont très visibles sur le nombre des divorces. Ils sont beaucoup plus fréquents dans les districts protestants que dans les districts catholiques. (Sur 1,000 mariages catholiques, on compte 0,67 divorces ; sur 1,000 mariages protestants, on compte 2,63 divorces ; sur 1,000 mariages mixtes, on compte 4,02 divorces). En tenant compte du chiffre relatif de la population correspondante, on trouve que les ménages protestants divorcent trois fois plus que les catholiques ». (Pierre Clerget : *op. cit.*, p. 49 et 50).

civil permanent, et destinée à laisser aux époux un temps de réflexion. Le nouveau code introduit à côté de la solution brutale et définitive du divorce, la séparation de corps. C'est une importante satisfaction accordée aux régions catholiques de la Confédération. « Le principe de la liberté de conscience, dit Baudry-Lacantinerie, est parfaitement respecté du moment que le législateur, tout en autorisant le divorce, ne l'impose à personne et le double d'une autre institution, la séparation de corps, qui est en harmonie avec les croyances des époux dont la religion n'admet pas le divorce (1). » Le législateur suisse a donc tenu compte des sentiments religieux d'une partie de la population ; mais il a prévu d'une façon générale les circonstances dans lesquelles les conjoints, sans vouloir continuer la vie commune, n'ont aucun intérêt à la dissolution du mariage. Il est possible en effet, que, dans l'intérêt de leurs enfants par exemple, ils préfèrent demeurer dans les liens du mariage que de le rompre définitivement. « De quel droit le législateur ne leur laisserait-il que cette alternative : le divorce, sinon la continuation de la vie commune ? (2) »

Les conjoints peuvent donc, quelles que soient les causes de la discussion, opter librement entre le divorce

(1) Baudry-Lacantinerie : *Traité de droit civil*, 3^e vol, p. 40. Cité par le rapporteur français devant le Conseil national (séance du 9 juin 1903).

(2) Message du 28 mai 1904, p. 24.

et la séparation de corps. Ce droit d'opter est également attribué au juge qui, d'après l'article 146, « est tenu lorsque la cause de divorce est établie de prononcer le divorce ou la séparation de corps ». Il ne peut d'ailleurs prononcer que la séparation de corps, si aucun des époux ne demande le divorce (art. 146, al. 2). On ne voit pas en effet pourquoi il infligerait le divorce aux conjoints, lorsque ceux-ci se déclarent satisfaits de la séparation de corps. Lorsqu'au contraire l'action tend au divorce, il ne peut prononcer la séparation de corps que lorsque la réconciliation des époux paraît probable (*Ibid.*, al. 3). C'est là un tempérament au principe libéral des articles 143 et 146. Les dispositions relatives à la durée de la séparation de corps en renferment d'autres. La séparation de corps est prononcée pour une durée de un à trois ans ou pour un temps indéterminé (art. 147). Dans le premier cas, elle cesse de plein droit à l'expiration du délai fixé, le divorce pouvant être demandé par l'un des époux, si une réconciliation n'est pas intervenue ; dans le second, chacun des époux a la faculté, après trois ans et s'il n'est pas intervenu de réconciliation, de demander le divorce ou la fin de la séparation. A l'expiration du temps fixé pour la durée de la séparation, ou après les trois ans dans le cas de séparation de durée indéterminée, le divorce, même demandé par un seul des époux, doit être prononcé, à moins que les faits justificatifs de l'action ne soient exclusivement imputables au demandeur ; et même s'ils

lui sont exclusivement imputables, le divorce sera néanmoins accordé, si l'autre époux ne veut pas reprendre la vie commune (art. 148).

Nous reviendrons sur les pouvoirs étendus du juge dans les instances en divorce. Citons seulement l'article 150 aux termes duquel le juge qui prononce un divorce fixe un délai de un à deux ans pendant lequel l'époux coupable ne pourra se remarier. Ce délai peut être étendu à trois ans, lorsque le divorce est prononcé pour cause d'adultère. L'idée morale qui a dicté cette disposition est d'évidence. C'est l'idée qui a conduit souvent le législateur à interdire radicalement le mariage du conjoint adultère et de son complice. Le législateur suisse n'a pas osé prononcer cette interdiction. « Le juge humain, dit M. Huber, ne peut s'arroger le droit d'apprécier une question qui a trait aux côtés les plus intimes de la personnalité. Il ne sait et il ne peut savoir si, dans tel cas donné, l'interdiction qu'il prononce, n'enlèvera pas au coupable son unique chance de relèvement (1). » Il s'en est donc tenu à une interdiction temporaire. Encore est-ce moins à titre de peine qu'on la prononcera qu'en vue d'éviter un scandale public (2).

(1) Exposé des motifs, p. 129.

(2) Voir : Exposé des motifs, *loc. cit.*

L'union conjugale.

Le mariage crée l'union conjugale. C'est une sorte de société, composée à l'origine des deux époux, et plus tard de leurs enfants. Les époux ont des devoirs communs vis-à-vis l'un de l'autre et vis-à-vis de l'union conjugale. Ils « s'obligent mutuellement à en assurer la prospérité d'un commun accord, et à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants. Ils se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance (art. 159). » Le mari et la femme ont en outre chacun des droits et des devoirs qui correspondent à leurs attributions particulières dans l'union conjugale. Le mari est le chef de l'union conjugale et son représentant envers les tiers (art. 160 et 162). Il supporte les charges du mariage et pourvoit selon ses facultés à l'entretien de la femme et des enfants. La femme dirige le ménage. Elle doit à son mari, dans la mesure de ses forces, aide et conseil en vue de la prospérité commune (art. 161). Elle ne représente régulièrement l'union conjugale que pour les besoins du ménage et les affaires qui lui sont confiées (art. 163 et 166). Ce sont là des obligations pour la plupart purement morales et dont on chercherait vainement la sanction dans la loi. Mais elles en font bien sentir l'esprit, et contribuent à déterminer la situation respective du mari et de la femme dans l'union conjugale.

L'individualité des époux est reconnue d'une façon formelle. Le mari est le chef de l'union conjugale, parce que tout groupement a besoin d'un chef et que traditionnellement la direction de celui-là lui a toujours été confiée. Mais cela ne veut pas dire qu'il soit seul et souverain maître des intérêts familiaux. A ses côtés, la femme collabore à son œuvre de direction, en lui apportant le concours de ses aptitudes particulières et de son autorité morale. Elle est la véritable « associée » et non plus la servante ou l'employée du mari.

Il existe à l'heure actuelle un mouvement général d'émancipation féminine auquel la législation ne saurait rester étrangère. Nous avons déjà signalé le caractère féministe du code suisse. Nous avons vu qu'en principe il n'admet aucune différence de traitement à raison du sexe, et aspire à la reconnaissance de l'individualité féminine. Le mariage va-t-il influencer sur cette égalité des sexes et restreindre l'individualité de la femme suisse ?

Notre loi française soumet encore la femme mariée à la puissance maritale. D'après l'article 213 du code Napoléon, « le mari doit protection à sa femme, la femme doit obéissance à son mari ». C'est le principe général qui est ainsi formulé. Dans l'ordre positif, les conséquences de ce principe sont les suivantes : la femme acquiert la nationalité et porte le nom de son mari, doit le suivre partout où il se fixe,

n'avoir d'autres relations personnelles que celles qu'il approuve, mais surtout elle ne peut faire aucun acte juridique valable sans son autorisation. L'incapacité de la femme mariée est une règle de notre droit matrimonial.

Comme on a rejeté l'ancienne idée de *fragilitas sexus*, en reconnaissant l'entière capacité de la femme non mariée, on est obligé de chercher dans l'état de mariage la justification de l'incapacité de la femme mariée. Le motif de cette incapacité se trouverait dans les droits que le mariage a conférés au mari sur la personne et les biens de sa femme. Mais alors, le mari seul devrait avoir le droit de demander l'annulation de l'acte passé sans son autorisation ; il devrait pouvoir le valider après coup par ratification, et il devrait pouvoir autoriser sa femme, même mineur. Comme notre loi n'admet aucune de ces trois solutions, c'est donc que l'ancienne idée de protection de la femme à raison de sa faiblesse naturelle n'a pas disparu, et que l'incapacité de la femme mariée est fondée dans notre code tout à la fois sur cette idée et sur l'idée du respect dû à l'autorité maritale ; système bâtard et illogique, qui a été justement critiqué.

Aussi bien cette conception de l'incapacité féminine et de la puissance maritale est-elle aujourd'hui partout abandonnée. Sans parler du droit de l'Angleterre qui est à l'avant-garde du mouvement d'émancipation féminine, et pour nous en tenir aux législations codifiées, le

code italien a depuis longtemps supprimé la mention de l'obéissance au mari, et, plus récemment, l'avant-projet de revision du code civil belge et le code civil allemand ont reconnu positivement la pleine capacité de la femme mariée. Le code suisse se prononce délibérément dans le même sens.

Ayant reconnu la capacité de la femme en général, le législateur suisse n'a pas songé à créer pour la femme mariée un régime exceptionnèl. « On ne voit pas, dit M. Huber, pourquoi une femme serait placée sous tutelle par le fait de son mariage, alors qu'auparavant elle possédait l'exercice des droits civils. Son mariage ne l'a dépouillé ni de son intelligence, ni en particulier de son intelligence des affaires (1). » C'est la même idée qu'exprimait déjà Pothier : « Le besoin qu'elle (la femme) a de l'autorisation de son mari n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison, car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles et les veuves qui n'ont pas besoin d'autorisation (2). » Partant de cette conception, le législateur suisse ne pouvait accorder à la femme mariée une moindre indépendance qu'à la femme non mariée.

Il lui reconnaît une pleine et entière individualité, sous réserve des intérêts supérieurs de l'union conjugale. Le mari est le gardien de ces intérêts et par con-

(1) Exposé des motifs, p. 95.

(2) Pothier : Puissance du mari, n° 3.

séquent le chef de l'union conjugale. C'est lui qui choisit la demeure commune, qui donne à la femme son nom et son droit de cité. C'est lui qui, en principe, représente l'union conjugale et l'oblige par ses actes. Mais pour les questions où l'intérêt familial ne requiert pas l'intervention du chef de famille, la femme a la même capacité que lui et jouit de la même liberté.

Outre le droit de représentation dont dispose la femme pour les besoins du ménage (art. 163), elle peut exercer, avec le consentement exprès ou tacite du mari, des pouvoirs plus étendus (art. 166). Elle possède ainsi deux sortes de pouvoirs de représentation, d'abord son droit de représentation ordinaire (*Schlüsselgewalt*, pouvoir des clefs, comme disent les Allemands), dont l'étendue est déterminée par l'usage et la condition des époux, puis un droit de représentation extraordinaire et générale, en cas d'empêchement du mari par suite d'absence prolongée, maladie, service militaire, etc... Toutefois, lorsqu'elle abuse de son droit de représentation, ou lorsqu'elle est incapable de l'exercer, le mari peut lui retirer tout ou partie de ses pouvoirs (art. 164), mais elle peut demander au juge à être réintégrée dans ses droits, si elle établit que cette déchéance est injustifiée (art. 165).

Mais, en dehors de ces droits de représentation qu'elle partage avec le mari, elle a des droits personnels. Elle a le droit, quel que soit son régime matrimonial, d'exercer une profession ou une industrie, avec le consente-

ment exprès ou tacite du mari. Si le mari lui refuse le consentement nécessaire, elle peut en appeler au juge qui l'habilitera à cette fin « si elle établit que cette mesure est commandée par l'intérêt de l'union conjugale ou de la famille » (art. 167). En France, au contraire, le mari a le droit de révoquer l'autorisation qu'il a donnée à sa femme de faire le commerce, et, selon l'opinion dominante dans la jurisprudence, elle ne peut suppléer au défaut d'autorisation maritale, par l'autorisation de justice (1).

Enfin « à tous ces droits, s'ajoute celui qui les résume et les sanctionne : plaider (2) ». Chez nous, le droit d'ester en justice est refusé même à la femme commerçante. L'autorisation générale qui lui permet de vendre, acheter, emprunter, aliéner et hypothéquer des immeubles, ne lui permet pas de soumettre aux tribunaux les litiges auxquels ces actes judiciaires peuvent donner naissance. Plus logique, le législateur suisse reconnaît à la femme le droit d'ester en justice, sauf cependant dans les contestations avec des tiers relativement à ses apports, où elle devra être représentée par son mari (art. 168, al. 2).

(1) Le tribunal ne peut, sur le refus du mari, autoriser une femme à faire le commerce que sous la double condition que la femme ait l'administration de ses biens (séparation, paraphernaux) et que ce refus ne soit motivé par aucune cause légitime. Voir Thaller : *Traité de droit commercial*, 1904, p. 402.

(2) M. Leroy, *op. et loc. cit.*, p. 632.

La femme suisse a le droit de s'obliger non seulement dans l'intérêt de l'union conjugale et dans son intérêt personnel, mais aussi dans l'intérêt de son mari (art. 177, al. 3). Il n'y a dans le nouveau code aucune trace de l'ancienne incapacité vellétienne. La seule précaution prise contre ces engagements est l'approbation de l'autorité tutélaire, qui est nécessaire à la validité de l'acte. De même, la femme suisse peut passer des actes juridiques aussi bien avec son mari qu'avec des tiers (art. 177, al. 1). Toutefois, l'approbation de l'autorité tutélaire est également exigée pour les actes relatifs aux apports de la femme et aux biens de communauté.

Ces pouvoirs nombreux et étendus de la femme mariée ne s'exercent pas sans contrôle de la part de l'autorité qui doit veiller, d'une part, à ce que l'exercice en demeure libre, et d'autre part à ce que leur usage ne porte pas atteinte à l'union conjugale. Aussi plusieurs mesures protectrices de l'union conjugale et des droits particuliers de chacun des époux, figurent-elles dans la loi (art. 169 et suiv). Le juge peut intervenir, soit à la requête de l'un des époux, soit spontanément, pour prescrire l'une ou l'autre de ces mesures (1). Grâce à elles, le législateur suisse a réussi, semble-t-il, à « concilier

(1) Suspension de la vie commune, ordre aux débiteurs des époux d'effectuer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme, séparation de biens, etc....

les idées féministes avec les exigences du mariage » (1).

Dans le domaine pécuniaire, la situation de la femme est aussi indépendante. Assurément la liberté dont elle jouit à cet égard est toute relative, et peut varier sensiblement, suivant qu'elle est soumise à tel ou tel régime matrimonial. Mais quel que soit ce régime, la femme mariée a toujours un pécule propre et dont elle dispose à son gré. Il est constitué par ses biens réservés. On appelle ainsi une partie de la fortune de la femme qui est soumise au régime de la séparation de biens, et par suite soustraite aux droits d'administration et de jouissance du mari. Cette institution n'est pas particulière à la femme (le mari peut lui aussi avoir des biens réservés) mais elle a été établie surtout en sa faveur. On distingue, en effet, les biens réservés constitués par contrat de mariage ou par libéralités provenant de tiers, et les biens légalement réservés (art. 190). Ce sont ces derniers qui constituent le patrimoine particulier de la majorité des femmes mariées. Sont biens réservés de par la loi : les effets personnels des époux (meubles, vêtements, bijoux, etc...), les biens de la femme qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie, et le produit de son travail (art. 191). Cette dernière source de biens réservés est très importante, et

(1) Exposé des motifs, p. 94. Nous traiterons de l'intervention du juge pour protéger l'union conjugale, dans notre chapitre intitulé « l'État. »

la protection du salaire de la femme mariée est ainsi assurée d'une façon beaucoup plus sûre que par notre récente loi du 13 juillet 1907 (1).

Il y avait quelque difficulté à concilier l'acquisition par la femme de biens propres au cours du mariage avec les principes de l'union des biens, qui est le régime légal. Dans le système pur de l'union des biens, la fortune de la femme ne peut ni diminuer ni s'accroître ; à la dissolution du mariage la femme ne reprend par conséquent que ce qu'elle a apporté. La stipulation dans le contrat de mariage d'une communauté d'acquêts peut, il est vrai, modifier cette règle. Mais en l'absence de contrat de mariage, le produit du travail de la femme devrait, suivant la règle rigoureuse de l'union des biens, appartenir au mari. Le législateur suisse a tenu à écarter cette conséquence exorbitante du système. Il n'a pas voulu que la femme mariée restât dans la situation de l'esclave antique qui acquérait nécessairement pour son maître, sans pouvoir rien acquérir pour son propre compte. « OEuvre de son activité, le pécule de la femme est le signe de son autonomie et il lui donne un crédit qui n'est pas emprunté (2). »

Les apports de la femme qui sont laissés aux mains du mari pour être employé dans l'intérêt de l'union conjugale, sont eux aussi protégés d'une façon très

(1) Sur l'institution des biens réservés, voir aussi ci-dessous, p. 203.

(2) M. Leroy : *op. et loc. cit.*, p. 632.

efficace. Si la femme craint que son mari ne compromette cette partie de sa fortune par sa négligence ou sa mauvaise gestion, elle a le droit de lui demander des sûretés ; et, s'il se refuse à fournir ces sûretés, ou ne requiert pas la séparation de biens, elle peut demander elle-même au juge de prononcer cette séparation de biens (art. 183 et 184).

D'une façon plus générale, tous les biens de la femme mariée sont protégés par une série de mesures protectrices auxquelles nous avons déjà fait allusion, et dont elle peut solliciter l'application avant de recourir aux solutions rigoureuses de la séparation de biens et du divorce. Si cependant elle a des plaintes sérieuses à faire valoir contre son mari, s'il dilapide sa fortune ou oublie tous ses devoirs, elle peut le faire interdire (art. 370), requérir la séparation de biens (art. 183) ou demander le divorce (art. 142). En ce qui concerne la séparation de biens dont l'avantage est de mettre la fortune de la femme à l'abri sans porter atteinte au lien conjugal, il n'est pas nécessaire, pour qu'il puisse la requérir, qu'elle soit en état de prouver l'existence d'un danger pour son patrimoine. Elle n'a pas besoin d'attendre à la dernière extrémité pour recourir à ce moyen de sauvegarder ses intérêts ; elle peut le faire, dès qu'elle estime que la conduite de son mari et sa situation personnelle sont de nature à justifier cette solution (1).

(1) « Le droit accordé à la femme de requérir la séparation de biens

Enfin, la femme suisse voit son avenir assuré après la mort de son mari, du fait des droits successoraux que lui reconnaît le nouveau code. Le législateur suisse a estimé que ce serait nuire au prestige de l'union conjugale que de ne pas assurer à l'époux survivant une situation sinon équivalente à celle dont il jouissait du vivant du prédécédé, du moins respectable et digne. C'est pourquoi il a fait de lui un héritier, et un héritier réservataire.

Plusieurs législations cantonales reconnaissaient déjà un droit de succession au conjoint survivant, et dans le canton de Berne il était même héritier nécessaire de l'ensemble de la succession. Sans aller aussi loin, le rédacteur du code a pensé qu'il était moral de laisser au conjoint survivant au moins la jouissance viagère d'une

sans avoir à prouver l'existence d'un danger pour son patrimoine se justifie par les deux considérations suivantes : D'abord il sera souvent difficile à l'épouse d'apporter la preuve de ce danger. Elle a cessé pour de bonnes raisons d'avoir confiance en son mari ; il ne lui répugne pas moins d'exposer la situation devant les tribunaux ou elle n'ose pas le faire. C'est seulement lorsque le danger devient imminent et qu'elle possède des preuves décisives à l'appui d'une demande en séparation de biens qu'elle s'y décide ; mais alors il est régulièrement trop tard d'aviser. En outre, si l'action de la femme est subordonnée à la preuve d'un danger spécial, elle est forcée de compromettre gravement le crédit du mari, si bien que dans les cantons qui possèdent cette institution on la tient communément pour un moyen devant lequel une femme attachée à son mari doit reculer. Il en est tout autrement si la séparation de biens peut être requise sans qu'il soit nécessaire d'administrer la preuve d'une mise en péril des intérêts de l'épouse. » Exposé des motifs, p. 144.

partie de la succession, et il était d'avis de lui accorder dans tous les cas un droit d'usufruit étendu. « Nous voudrions, disait-il, que la conscience juridique du peuple accueillit ce principe qui, selon nous, formerait l'une des bases essentielles de la famille : la succession des époux ne passe en pleine propriété et jouissance aux héritiers que lorsque les deux conjoints sont morts. » Ce système n'a pas prévalu dans son intégrité et on a préféré laisser au survivant le choix entre une part en propriété et une part en usufruit. Si le défunt laisse des descendants, il a droit à l'usufruit de la moitié ou à la propriété du quart de la succession. En concours avec les héritiers de la parentèle des père et mère, son droit est du quart en propriété et des trois quarts en usufruit ; en concours avec les grands-parents ou leur postérité, il est d'une moitié en propriété et de l'autre en usufruit ; et il s'étend dans les autres cas à la succession entière (art. 462). Le droit d'usufruit peut être en tout temps converti par le conjoint en une rente annuelle équivalente (art. 463). Le conjoint survivant est, nous l'avons dit, héritier réservataire. Sa réserve est, en concours avec des héritiers légaux, de tout son droit de succession en propriété, et lorsqu'il est unique héritier, de la moitié de ce droit (art. 471).

Ces avantages successoraux sont accordés au conjoint survivant, sans distinction de sexe. Mais il n'est pas douteux que c'est une pensée féministe qui en a inspiré

le principe au législateur (1) et ils complètent heureusement les dispositions dont nous avons précédemment parlé, en donnant à la femme une situation indépendante après la mort de son mari comme de son vivant.

L'exécution forcée est en principe interdite entre conjoints (art. 173) et c'est là encore une mesure protectrice de l'union conjugale. Elle n'est autorisée que dans un petit nombre de cas, énumérés par la loi. Ainsi, lorsque des poursuites sont exercées par un tiers contre l'un des époux, l'autre peut participer à la saisie, ou intervenir dans la faillite (art. 174). Refuser dans ce cas l'exécution forcée entre époux, ce serait le plus souvent rendre un époux responsable des dettes de l'autre jusqu'à concurrence de la créance qu'il a contre lui. De même lorsque les biens d'un époux poursuivi par voie de saisie ou mis en faillite ne sont pas suffisants pour désintéresser les créanciers, les créances de cet époux contre son conjoint deviennent exigibles, et peuvent ou être l'objet d'une saisie-arrêt ou tomber dans la masse (art. 175). L'époux insolvable n'a plus alors le droit de ménager son conjoint au détriment de ses propres créanciers, qui peuvent par suite contraindre ce dernier à se libérer. L'exécution forcée peut encore être poursuivie, lorsqu'elle est indispen-

(1) Les cas de survivance de la femme sont en Suisse plus fréquents que ceux de survivance du mari. La mortalité des femmes est moins élevée que celle des hommes. Voir : P. Clerget, *op. cit.*, p. 51 et 52.

sable pour réaliser la séparation de biens légale ou judiciaire. Enfin, chacun des époux peut requérir contre l'autre l'exécution forcée, pour le recouvrement de la contribution qu'il est en droit d'exiger de lui relativement aux charge du mariage (art. 176).

Les dispositions du code civil suisse définissent, on le voit, d'une façon précise les droits respectifs de chacun des époux dans l'union conjugale. Si nous avons insisté plus spécialement sur le rôle et les prérogatives de la femme, c'est que les efforts du législateur se sont porté surtout de ce côté. Il a reconnu à chacun des conjoints une situation indépendante et une large capacité, sans diminuer la force imposante de cette entité supérieure aux conjoints eux-mêmes qu'est l'union conjugale.

Les régimes matrimoniaux.

Il est traité dans le code civil suisse de trois régimes matrimoniaux : l'union des biens (art. 194 et suiv.), la communauté (art. 215 et suiv.) et la séparation de biens (art. 241 et suiv.). Le régime légal, c'est-à-dire celui qui s'appliquera à défaut de stipulations contraires est l'union des biens. C'est à l'heure actuelle le régime de beaucoup le plus répandu en Suisse puis qu'il a été adopté dans sa forme pure par quatorze cantons, et combiné avec la communauté d'acquêts par quatre

autres (1). Il a paru en outre aux auteurs du code fédéral réaliser mieux que tout autre, au point de vue de l'administration et de la jouissance, l'unité économique entre les patrimoines des deux époux, et leur association dans un but commun, la prospérité du ménage.

A côté du régime légal ordinaire, le code institue un régime légal extraordinaire, la séparation de biens, qui sera, dans tels cas prévus, substitué à l'union des biens en vertu d'un jugement ou de par la loi (art. 182 et suiv.) La séparation de biens est imposée de plein droit aux conjoints par la loi suisse, lorsque l'un d'eux a été déclaré en faillite et que ses créanciers subissent une perte dans la faillite. Les époux sont aussi placés de plein droit sous le régime de la séparation de biens, si l'un d'eux à l'époque du mariage est encore sous le coup d'une faillite antérieure (art. 182).

Quant à la séparation de biens judiciaire elle peut être prononcée à la requête de la femme, du mari ou des créanciers. Elle interviendra à la demande de l'un

(1) Le régime de la communauté de biens n'est en vigueur que dans un petit nombre de cantons. Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Thurgovie, Genève et le Jura Bernois. Le régime de la séparation de biens n'est en vigueur que dans le Tessin, et encore est-il tempéré dans ce canton par le principe de la tutelle du mari. Le régime de l'unité des biens (Gütereinheit) est en vigueur dans les cantons de Berne, Argovie, et avec certaines modifications dans le canton de Soleure. Ce régime existait déjà dans le vieux droit germanique; c'est le plus vieux de tous. Tous les autres cantons ont admis le principe de l'union des biens tantôt pure, tantôt avec participation de la femme aux acquêts.

des époux en cas d'insolvabilité de l'autre (art. 183 et 184). A la requête de la femme, la séparation de biens sera prononcée, lorsque le mari ne pourvoit pas suffisamment à son entretien et à celui de ses enfants, et lorsqu'il ne lui fournit pas les sûretés qu'elle a le droit de lui réclamer pour garantie de ses apports (art. 183). A la requête du mari, elle sera prononcée, lorsque la femme a demandé des sûretés pour ses apports, et qu'il aime mieux modifier le régime que de les fournir, et en outre, lorsque la femme refuse sans motif de lui donner l'autorisation dont il a besoin, en vertu de la loi ou du contrat, pour disposer des biens matrimoniaux (art. 184). Enfin la séparation de biens judiciaire pourra intervenir à la requête d'un créancier qui aura procédé contre l'un des époux, à une saisie infructueuse (art. 183). La séparation de biens, légale ou judiciaire, est soumise aux mêmes règles que la séparation de biens conventionnelle.

Avant de faire connaître l'économie des trois régimes matrimoniaux prévus par le code, il est utile de donner quelques indications générales, touchant la distinction entre biens matrimoniaux et biens réservés.

Sous tous les régimes, on trouve des biens dont la fonction économique est de pourvoir spécialement aux besoins de l'union conjugale. L'affectation de ces biens est toujours la même, mais leur consistance varie avec le régime matrimonial. C'est ce qui a empêché les auteurs du code d'instituer pour ces biens des règles

générales et communes aux divers régimes ; ils ont préféré en traiter à propos de chacun d'eux. On peut dire en somme que les biens matrimoniaux se composent des apports du mari et de la femme, ainsi que des biens acquis pendant le mariage (en tant que ceux-ci ne sont pas des biens réservés).

Nous savons déjà ce que c'est qu'un bien réservé, et que ce caractère est conféré au bien soit par la loi, soit par la volonté des conjoints, soit par disposition d'un tiers (1) (art. 190 et suiv.). C'est à l'époux qui prétend avoir des biens réservés à en faire la preuve (art. 193). A l'inverse des biens matrimoniaux, les biens réservés sont affectés aux besoins particuliers de leur propriétaire et ne doivent supporter les charges de l'union conjugale que selon les règles de la séparation de biens. On leur appliquera purement et simplement les dispositions de ce régime. Notons cependant qu'il est nécessaire de distinguer quant à leur fonction juridique les biens réservés du mari et ceux de la femme. Les biens réservés du mari répondent au même titre que ses apports de toutes dettes contractés au nom de l'union conjugale, même de celles contractées par la femme dans l'intérêt du ménage. Au contraire les biens réservés de la femme ne sont tenus des dettes contractées par elle dans cet intérêt que subsidiairement et à défaut de biens du mari. Les biens réservés de la

(1) Voir ci-dessus p. 194.

femme ne sont tenus en principe que des dettes de la femme antérieures au mariage et de celles, exclusivement personnelles contractées par elle au cours du mariage. Il faut aussi remarquer que les biens réservés de chaque époux constituent un patrimoine spécial en rapport juridique avec les patrimoines propres et le patrimoine commun, ce qui permet l'application du système des récompenses. Enfin il ne semble pas que l'institution des biens réservés soit considérée par le législateur suisse comme intéressant l'ordre public et qu'il y ait impossibilité de déroger à la loi dans les conventions matrimoniales. Notre récente loi du 13 juillet 1907 institue au contraire pour la femme mariée une protection d'ordre public et à laquelle il lui est impossible de renoncer (1).

L'union des biens est caractérisée par la fusion en une véritable unité économique, administrée par le mari, des biens du mari et de la femme, sous réserve du droit de propriété de chacun des époux sur ses biens. Le mari a l'administration, à titre de propriétaire de ses apports et de tous les autres biens qui ne sont pas des apports de la femme (art. 195). En outre, il acquiert, dès la célébration du mariage, un droit d'administration et de jouissance sur les apports de sa femme (art. 200 et 201). Il administre en un mot les

(1) « Sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage » (art. 1^{er}). Amendement présenté par M. Maurice Faure au Sénat (séance du 24 mai 1907).

biens matrimoniaux. La femme, elle, n'a le pouvoir d'administrer ces biens que dans la mesure où elle représente l'union conjugale (art. 200).

C'est aussi le mari qui dispose en principe des biens matrimoniaux, mais son droit de disposition n'est pas absolu en ce qui concerne les apports de sa femme. Il ne peut en disposer qu'avec le consentement de celle-ci, dès l'instant où ses actes cessent d'être des actes de gestion ordinaire. Toutefois les exigences du crédit public ne sauraient être méconnues. Aussi le consentement de la femme est-il présumé au profit des tiers, à moins qu'ils ne sachent ou ne doivent savoir qu'il n'a pas été donné, ou à moins qu'on n'ait pu constater que les biens dont le mari disposait appartenaient à la femme (art. 202). Sont par suite soustraits à la disposition arbitraire du mari, les immeubles de la femme inscrits au registre foncier, ses titres nominatifs, etc... Quant à la femme elle pourra librement disposer de ses biens réservés comme aussi des biens matrimoniaux, dans la mesure où elle a qualité pour représenter l'union conjugale (art. 203).

Le mari est responsable de la conservation des apports de la femme qu'il doit restituer intégralement à elle même ou à ses héritiers lors de la dissolution de l'union des biens (art. 210 et 212). Pour bien assurer cette conservation des apports de la femme, le code lui reconnaît, nous l'avons vu, le droit de réclamer en tout temps des sûretés à son mari (art. 205) et de

poursuivre la séparation de biens si ces sûretés ne sont pas fournies (art. 183). Mais il y a mieux : l'article 205 dit en propres termes que « le mari est tenu, à la demande de la femme, de la renseigner en tout temps sur l'état des biens par elle apportés ». Encore qu'elle ne comporte pas de sanction déterminée, cette disposition est une des plus critiquables du code, et nous doutons que si on s'avise de lui faire produire des effets pratiques, elle contribue à augmenter la solidité du lien conjugal. Il y aura là un prétexte à des discussions incessantes entre les époux, et l'union des biens deviendra le régime de la suspicion organisée. Les apports de la femme étaient assez protégés par le droit de requérir des sûretés et de demander la séparation de biens ; il était inutile d'autoriser cette sorte d'inquisition à l'égard du mari. Nous voulons croire que cette disposition n'a été introduite dans le code que pour poser un principe moral, et qu'elle ne servira pas à porter atteinte aux droits du mari comme chef de l'union conjugale.

Il peut se faire que le mari ait non seulement l'administration, mais aussi la propriété de tout ou partie des apports de la femme. C'est ce qui a toujours lieu pour les choses fongibles, l'argent comptant par exemple, qui deviennent la propriété du mari, conformément aux règles de l'usufruit (art. 772). Mais les époux ont la faculté d'étendre ce droit de propriété du mari sur les apports de la femme. Ils peuvent stipuler dans les six

mois (à compter du jour du mariage, ou du jour où les biens sont parvenus à la femme) que la propriété de ces apports passera au mari pour un prix d'estimation, et qu'il sera débiteur de leur valeur d'après cette estimation. Les formes établies pour le contrat de mariage devront être observées dans cette convention (art. 199).

Quant aux droits d'administration et de disposition des époux, le régime de communauté n'est pas sensiblement différent de l'union des biens. Dans ce régime comme dans l'autre le mari a l'administration de tous les biens matrimoniaux, et cette administration passe à la femme lorsqu'elle acquiert le droit de représenter extraordinairement l'union conjugale. Pour les actes de disposition, il faut généralement le consentement des deux époux aussi bien pour les apports de la femme que pour les biens matrimoniaux ; mais, comme sous le régime de l'union des biens, lorsque le mari dispose des apports de la femme, le consentement de cette dernière est présumé au profit des tiers, à moins qu'ils ne sachent qu'il a été refusé ou qu'il s'agisse de biens qui proviennent manifestement de la communauté (art. 217).

C'est plutôt au fonds que dans son organisation pratique que le régime de la communauté diffère de l'union des biens. Tandis que dans ce dernier régime, chaque époux demeure propriétaire de ses apports ; sous le régime de la communauté, tous les biens des époux (à l'exception des biens réservés) forment une seule masse qui leur appartient en commun. Les époux ont

un droit égal sur l'ensemble des biens, mais ce droit n'est pas le droit de copropriété ordinaire, c'est un droit de copropriété spéciale. Les Allemands l'appellent « *Gesamteigentum* » (propriété en mains communes) par opposition à l'indivision ordinaire (*Miteigentum*). Cette copropriété est surtout caractérisée par ce fait que les parts des copropriétaires ne sont pas libres, comme dans la copropriété ordinaire où chacun d'eux peut vendre sa part, l'hypothéquer, la mettre en gage, etc... Ces parts sont en quelque sorte immobilisées par leur affectation à un but immuable. Aussi tout acte de disposition individuelle est-il interdit aux copropriétaires sur leur part respective. Ils ne peuvent disposer de leurs biens que d'un commun accord. La copropriété des époux mariés sous le régime de communauté suisse est de cette nature. Mais nous avons vu que les conséquences rigoureuses de ce genre de propriété sont presque toujours écartées par application de l'article 217 qui, au cas de disposition par le mari seul, présume au profit des tiers le consentement de la femme.

Dans le régime de séparation de biens, chacun des conjoints conserve la propriété, l'administration et la jouissance de son patrimoine (art. 242). La femme peut bien remettre au mari l'administration de sa fortune, mais il n'en assumera alors la gestion qu'à titre de simple mandataire. On présumera même dans ce cas que la femme renonce à lui demander compte de son

administration au cours du mariage, et qu'elle lui abandonne la totalité des revenus pour subvenir aux charges du mariage (art. 242, al. 2). Si le mari n'administre pas la fortune de sa femme, il peut exiger d'elle une contribution équitable aux charges du mariage (art. 246).

La question de l'obligation aux dettes comporte des solutions analogues sous les deux régimes de l'union des biens et de la communauté.

Dans l'union des biens, le mari est tenu de ses dettes antérieures au mariage et de toutes les dettes de l'union conjugale, y compris celles qui ont été assumées par la femme dans les limites de son droit de représentation (art. 206). De son côté, la femme s'oblige sur tous ses biens, à raison de ses dettes antérieures au mariage, de celles qu'elle a contractées pendant le mariage avec le consentement du mari ou en sa faveur, de celles qui proviennent de l'exercice de sa profession ou de son industrie, et de celles qui résultent de ses actes illicites. En outre, elle peut être tenue des dettes du ménage subsidiairement, en cas d'insolvabilité du mari. Pour toutes autres dettes, elle ne pourra être recherchée, pendant le mariage, que jusqu'à concurrence de ses biens réservés (art. 208).

Sous le régime de la communauté, la femme ne peut avoir à supporter les dettes du ménage que subsidiairement, si les biens de la communauté ne suffisent pas à les payer (art. 220). Toutes les autres dettes des époux constituent le passif commun, c'est-à-dire que ce sont

des dettes personnelles du mari. A la dissolution de la communauté, la femme a la faculté de la répudier. Elle se libère ainsi des dettes communes dont elle n'est pas personnellement tenue (dettes antérieures au mariage, à raison de délits personnels, etc.) (art. 227). Sous le régime de séparation de biens, l'actif et le passif des époux demeurent distincts. Toutefois, en cas d'insolvabilité du mari, la femme mariée répond subsidiairement, comme sous les autres régimes, des dettes contractées par lui ou par elle pour l'entretien du ménage (art. 243).

Pour le règlement de la contribution entre époux dans les deux régimes de l'union des biens et de la communauté, le code suisse présente un système de récompenses analogue à celui de notre code. Mais ces récompenses ne sont pas toutes exigibles à la même époque. Si certains biens matrimoniaux appartenant au mari ou à la femme ont été employés à payer des dettes grevant les apports de l'autre époux, les biens matrimoniaux n'ont subi dans leur ensemble aucune modification. La récompense ne sera exigible qu'à la dissolution de l'union des biens. Si, au contraire, les biens matrimoniaux ont été employés à éteindre des dettes qui grevaient les biens réservés de la femme ou inversement, la récompense sera exigible pendant le mariage et sans qu'il soit besoin d'attendre sa dissolution (art. 207). « La femme n'est pas tenue de souffrir que ses biens réservés soient ainsi entamés, et de même le mari a droit à

ce que les biens matrimoniaux, les siens comme ceux de la femme, demeurent intacts (1). » De même, sous le régime de communauté, les récompenses à raison de dettes communes payées de deniers provenant des biens réservés, ou de dettes grevant les biens réservés payées de deniers communs, sont exigibles déjà pendant le mariage (art. 223).

Le code a déterminé sous les différents régimes les droits de la femme en cas de faillite ou déconfiture du mari. La femme séparée de biens interviendra éventuellement comme simple créancière du mari. Au contraire, la femme commune en biens ou mariée sous le régime de l'union des biens jouit d'une situation privilégiée.

Sous ce dernier régime, si elle n'a pas été remplie de ses droits jusqu'à concurrence de la moitié de ses apports par la reprise de ceux-ci, ou garantie dans la même mesure par des sûretés, elle obtient un privilège pour le reste de cette moitié (art. 211). Lorsque, par conséquent, le mari est en déconfiture, la femme reprend à titre de propriétaire tous les biens apportés s'ils existent encore en nature. En second lieu, elle a le droit de réaliser les sûretés qu'elle a reçues. Et si elle n'est pas couverte par la réalisation de ces sûretés jusqu'à concurrence de la moitié de ses apports, elle est privilégiée pour le restant de cette moitié. Pour ce qui

(1) Exposé des motifs, p. 173.

est de l'autre moitié, la femme rentre dans la catégorie des créanciers ordinaires.

Le même privilège est reconnu à la femme sous le régime de la communauté (art. 224). Mais ce privilège est moins étendu que celui dont elle bénéficie sous le régime légal. Le privilège de la femme mariée sous le régime de l'union des biens consiste, nous venons de le voir, à reprendre en nature par une action en revendication les biens dont elle est restée propriétaire, ensuite à réaliser ses sûretés et à faire valoir enfin sa créance chirographaire qui peut être privilégiée. Sous le régime de la communauté, on ne distingue plus si la femme reprend ses biens comme propriétaire ou comme créancière avec la garantie de sûretés. Quels que soient les droits compétant à la femme, on ne lui reconnaît qu'un droit de créance dont la moitié seule est privilégiée.

Ce que nous avons déjà dit de chacun des régimes, suffit à indiquer quel est le sort des biens à leur dissolution. Dans l'union des biens la fortune retourne selon son origine, au mari, à la femme ou à leurs héritiers. Dans le régime de communauté, chacun des époux a droit à la moitié de l'actif net, et la femme a, nous l'avons vu, la faculté de répudier pour s'affranchir du paiement des dettes. Enfin, la dissolution du mariage n'a pas d'effet sur les biens en cas de séparation de biens, les patrimoines des époux étant demeuré indépendants. Si une partie des biens de la femme a été constituée en dot pour subvenir aux charges du mariage,

la reprise s'en effectue comme celle des apports dans le régime de l'union des biens (art. 247). Toutes ces règles sont très simples. Il y a lieu cependant de s'arrêter à deux questions intéressantes : la participation de la femme aux bénéfices, et la continuation de la communauté après la mort de l'un des époux.

Après le paiement des dettes, le prélèvement des apports et le règlement des récompenses, il pourra subsister sous le régime de l'union des biens (si le mari est solvable) un bénéfice (*vorschlag*). En principe, il appartient au mari. Mais il a paru inique de refuser tous droits sur ce bénéfice à la femme dont le travail et les revenus ont généralement contribué à la prospérité du ménage, et l'on a admis le principe de la participation de la femme au bénéfice. La question de la quotité à lui accorder a été très discutée au cours des travaux préparatoires. On s'est finalement arrêté à l'idée d'une quotité invariable que l'on a fixée au tiers du bénéfice (art. 214) (1). Cette disposition corrige ce qu'il y a de trop rigoureux dans le vieux principe germanique « bien de femme ne croît ni ne diminue », principe auquel le code allemand s'est strictement conformé en refusant à la femme toute part dans les bénéfices de l'association conjugale. Une autre question fort discutée a été celle de savoir s'il fallait accorder cette part du bénéfice à la

(1) Cette sorte de cote mal taillée a été empruntée à la législation d'Argovie et des Grisons.

femme seule, ou en outre à ses descendants, ou d'une manière générale à tous ses héritiers. On a décidé que le tiers du bénéfice appartiendrait à la femme, et en cas de dissolution du mariage par son prédécès, à ses descendants. Le mari, lui, a droit aux deux tiers des bénéfices dans tous les cas. Si le mariage est dissous par son prédécès, sa part est dévolue à ses héritiers, quels qu'ils soient, et non seulement à ses descendants.

En ce qui concerne le déficit, on a reculé devant la solution logique qui eût été d'y faire participer la femme dans la proportion où elle participe aux bénéfices. En considération des pouvoirs très étendus dont dispose le mari sur les biens matrimoniaux, on a laissé le déficit complètement à sa charge ou à celle de ses héritiers. Toutefois le mari ou ses héritiers ont le droit de prouver qu'il est imputable à la femme, et, s'ils y réussissent, la femme pourra être condamnée à en supporter une part.

Le code suisse, pour éviter un partage inopportun, autorise la continuation de la communauté entre le conjoint survivant et les enfants (art. 229 à 236). « Lorsque par contrat les époux auront substitué la communauté de biens au régime légal ordinaire, on présumera que leur volonté a été d'étendre les effets du régime conventionnel aux rapports entre le survivant et les enfants communs » (1). Non que le conjoint survivant

(1) Exposé des motifs, p. 484.

soit tenu de subir cette prolongation de la communauté ; il est libre de s'y refuser. Les enfants ne sont pas non plus forcés d'accepter la prolongation, et l'approbation de l'autorité tutélaire est exigée s'ils sont mineurs (art. 229). La continuation étant agréée de part et d'autre, la communauté continuera dans les mêmes conditions que pendant le mariage. Cette faculté de prolonger la communauté pourra rendre de grands services dans les milieux agricoles et industriels ; elle est en particulier le meilleur moyen de sauvegarder les intérêts de tous, lorsqu'il dépend de la communauté un fonds de commerce ou une exploitation, dont la direction serait trop lourde et onéreuse pour le conjoint survivant seul ou pour l'un des enfants, et dont la liquidation immédiate serait désastreuse pour la famille.

La puissance paternelle et l'autorité domestique.

Puissance paternelle. — Le code civil suisse, comme toutes les législations modernes, reconnaît aux parents, en cette qualité, des droits sur la personne et les biens de leurs enfants, et leur impose envers ces enfants des devoirs correspondants. De même, le code attache à la qualité d'enfant des droits et des devoirs qui sont la contre-partie de ceux reconnus ou imposés aux parents.

On sait que le code suisse accorde en principe les mêmes droits aux enfants naturels qu'aux enfants légitimes, et qu'il ne fait pas de la nature de la filiation une cause d'inégalité. Mais encore faut-il que cette filiation soit bien établie pour que l'enfant puisse bénéficier des droits qui lui sont reconnus. Or, si la filiation est toujours facile à établir du côté maternel, elle est essentiellement incertaine du côté paternel. Il y a donc lieu de distinguer la situation de l'enfant vis-à-vis de la mère, et vis-à-vis du père.

Vis-à-vis de la mère et de la parenté maternelle, le code accorde aux enfants naturels les mêmes droits qu'aux enfants légitimes. Dans la famille leur situation est équivalente. « Les enfants naturels qui restent à leur mère, dit l'article 324, portent son nom de famille, acquièrent son droit de cité et ont tant envers elle qu'envers ses parents les droits et les devoirs résultant de la filiation illégitime. Les obligations de la mère sont les mêmes que si l'enfant était légitime. » Quant à leurs droits successoraux, ils sont égaux à ceux des enfants légitimes, fussent-ils en concours avec eux, et l'article 469 reconnaît d'une façon générale que « les parents naturels ont du côté maternel les mêmes droits successoraux que les légitimes ». L'idée ainsi admise qu'il n'y a juridiquement qu'une seule filiation maternelle, est la seule logique. C'était déjà celle du droit romain, et les rédacteurs du code civil allemand s'y sont récemment ralliés. En la prenant à son compte.

le législateur suisse n'a pas cédé à des mobiles de pure sentimentalité en faveur des enfants naturels, il a seulement voulu conformer les dispositions du code aux lois de la physiologie.

Vis-à-vis du père, la situation de l'enfant doit être la même qu'à l'égard de la mère ; mais encore faut-il que le père soit bien connu. Pour que l'on puisse accorder à l'enfant naturel la même plénitude de droits du côté paternel que du côté maternel, il faudra ou que le père ait reconnu l'enfant, ou que sa filiation paternelle puisse être tenue pour incontestable (1).

La reconnaissance a lieu par acte authentique ou par disposition de dernière volonté. En cas de décès ou d'incapacité permanente de discernement, elle peut être faite, au lieu et place du père, par le grand-père paternel (art. 303). La reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux est prohibée (art. 304). Plusieurs cantons proposaient de l'admettre comme en Allemagne, mais on a reculé, comme en France, devant le scandale de la

(1) Les législations cantonales présentent en matière de filiation illégitime la plus grande variété. Le groupe de la Suisse française (Genève, Vand, Neuchâtel et le Jura Bernois) qui s'inspire du code Napoléon, admet la reconnaissance de l'enfant par le père, mais interdit la recherche de la paternité. A l'inverse, les cantons de la Suisse centrale et de la Suisse orientale n'admettant que l'action en paternité. Un certain nombre de cantons (Berne, Argovie, Soleure, Fribourg et Valais) combinent les deux systèmes et admettent que la filiation peut résulter aussi bien de la reconnaissance volontaire du père que d'un jugement déclarant sa paternité présumée. C'est la solution du code fédéral.

révélation dans un acte public de faits aussi immoraux que l'adultère et l'inceste (1).

Si l'enfant n'a pas été reconnu, sa filiation paternelle ne peut résulter que d'un jugement déclaratif de paternité, lequel jugement ne peut être obtenu que dans deux cas, lorsque le père avait promis le mariage à la mère, ou lorsque la maternité est la conséquence, de la part du père, d'un acte criminel ou d'un abus d'autorité (art. 323).

Le code suisse admet en effet la recherche de la paternité. Deux raisons sont invoquées d'ordinaire et chez nous notamment pour exclure cette recherche, la crainte du scandale, et la difficulté de la preuve.

Pour écarter la recherche de la paternité, on soutient d'abord que ce serait une occasion de scandale. Cette raison est assez faible et n'a pas arrêté le législateur suisse; les instances en divorce et bien des procès criminels sont l'occasion de débats aussi scandaleux. Si d'ailleurs on veut se placer sur le terrain moral, le refus de l'action en paternité, n'est-il pas encore plus immoral que la recherche elle-même? « Tout en reconnaissant, dit M. Huber, que cette action peut prêter au scandale, il n'en faut pas moins avouer que la faute n'en

(1) On sait cependant que la loi du 7 novembre 1907 a permis dans deux cas la légitimation des enfants adultérins par le mariage du père et de la mère, en cas de désaveu, et lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après l'ordonnance qui a fixé à la femme un domicile séparé.

est point à l'action elle-même : celle-ci ne crée pas le fait du commerce illégitime, elle le révèle seulement, et l'on guérit certaines plaies, moins en les dissimulant qu'en leur vouant une active sollicitude... A ceux qui voient dans la recherche de la paternité des occasions de chantage et un danger pour la paix des familles, on peut objecter que la menace d'une action aura pour effet de détourner les séducteurs de leurs desseins et d'apporter un remède au mal. Mais l'essentiel à nos yeux, c'est que, par l'effet de ses relations avec la mère de l'enfant naturel, le père contracte un engagement moral dont l'importance est assez grande pour que le législateur y voie une obligation envers la mère et l'enfant » (1) et faisant ainsi ressortir le caractère moralisateur de son œuvre, il ajoute à ce propos : la tâche de la législation est de « maintenir et de relever le niveau de la moralité publique » (2).

La difficulté de la preuve est une objection qui, au contraire, a paru sérieuse au professeur bernois. Aussi ne laisse-t-il l'action en paternité produire son plein effet et aboutir à un jugement déclaratif de paternité, que dans les deux cas bien déterminés que nous avons

(1) Exposé des motifs, p. 203.

(2) *Ibid.*, p. 203. On sait que notre jurisprudence a cherché à réagir contre l'injustice de la prohibition de l'action en paternité (art. 340) en autorisant la mère ou l'enfant naturel à intenter contre le séducteur une action en dommages-intérêts fondée sur le principe général de l'article 1382.

cités, le cas de promesse de mariage et celui d'acte criminel ou abus d'autorité. Ce sont là des circonstances où, encore que le défendeur nie sa paternité, on pourra la considérer comme établie.

Quand une reconnaissance en due forme ou un jugement déclaratif seront ainsi intervenus, la constatation de la paternité entraînera à l'égard du père et de la parenté paternelle les mêmes effets qu'envers la ligne maternelle. L'enfant naturel ainsi reconnu par le père ou déclaré son enfant devra donc en principe avoir vis-à-vis de lui les mêmes droits que l'enfant légitime. Il en est bien ainsi dans le droit de la famille, et l'article 325 dit précisément que dans ce cas « les obligations du père sont les mêmes que si l'enfant était légitime ». Mais on a pas osé aller aussi loin en matière successorale, et l'on a craint de porter atteinte au prestige de l'union conjugale, en accordant aux enfants naturels en concours avec les enfants légitimes dans la succession paternelle des droits égaux à ceux de ces derniers. Dans ce cas de concours avec des descendants légitimes du père, le droit de l'enfant naturel est réduit à la moitié de la part afférente à un enfant légitime ou à ses descendants (art. 461). C'est la seule disposition du code suisse qui place encore l'enfant naturel dans une situation inférieure. Le motif invoqué pour justifier cette différence de traitement; c'est que l'enfant légitime n'est pas seulement lié individuellement à son auteur comme l'enfant naturel, qu'il est en outre en

vertu de la promesse de mariage échangée entre ses parents, doublement lié à chacun d'eux (1).

Mais, dira-t-on, si l'action en paternité n'aboutit à une déclaration de paternité que dans deux cas exceptionnels, elle est d'une utilité bien restreinte. Il ne faudrait pas croire que son domaine fut aussi limité. En dehors de ce résultat exceptionnel d'établir la filiation au regard du père avec effets d'état civil, l'action tend d'une façon générale à des prestations pécuniaires du père en faveur de la mère et de l'enfant (art. 309, 317 et suiv.). L'action appartient en effet à la mère et à l'enfant, et est intentée contre le père présumé ou ses héritiers (art. 307). Le délai pour l'intenter est d'un an après la naissance de l'enfant, elle peut d'ailleurs être intentée par la mère avant la naissance de l'enfant (art. 308). Il y a présomption légale de paternité, lorsqu'il est prouvé que le défendeur a cohabité avec la mère entre le 300^e et le 180^e jour avant la naissance (art. 314). Cette présomption est, il est vrai, écartée, lorsque la mère vivait dans l'inconduite à l'époque de la conception (art. 315).

Il est inutile d'insister sur la filiation légitime. Ce sont précisément ses effets que nous allons faire connaître, en parlant des droits et devoirs entre parents et enfants. Les enfants légitimés jouissent de tous les avantages attachés à la filiation légitime (nom, droit de

(1) *Ibid.*, p. 204.

cité, puissance paternelle, etc., art. 270 et suiv.). Le code suisse prévoit deux modes de légitimation, la légitimation des enfants naturels par le mariage subséquents de leurs parents (art. 258) et la légitimation par autorité de justice. Cette dernière sera utilisée dans le cas où un événement imprévu (décès de l'un deux, ou perte de la capacité) sera venu empêcher la célébration du mariage entre les parents (art. 260), et elle fournit une solution libérale et pratique en donnant à l'enfant la situation d'enfant légitime sur laquelle il était en droit de compter, sans accident. Comme cette disposition a été imaginée en sa faveur, son consentement est nécessaire s'il est majeur.

L'adoption est autorisée sous certaines conditions (art. 264 et 265) et sous le contrôle supérieur de l'autorité. L'autorité ne devra la permettre « que si l'adoptant a fourni des soins et des secours à l'adopté ou si l'adoption est déterminée par d'autres justes motifs et n'est d'ailleurs pas préjudiciable à l'enfant » (art. 267). Cette parenté artificielle constitue une innovation pour la majorité des cantons suisses.

L'enfant est soumis pendant sa minorité à la puissance paternelle. Cette puissance est exercée en commun par les père et mère pendant le mariage (art. 274). La femme y participe donc et ce n'est pas comme chez nous un privilège masculin. En France, la puissance paternelle, bien que commune aux deux parents (art. 372) est pendant le mariage déléguée exclusive-

ment au père (art. 373). L'exercice n'en appartient à la mère, qu'à son défaut. Il faut d'ailleurs remarquer qu'en Suisse l'avis du père sera prépondérant, en cas de désaccord entre les époux (art. 274, al. 2).

La puissance paternelle est donnée au père et mère pour faire l'éducation de l'enfant. Ils doivent lui donner une instruction appropriée à sa condition et à ses facultés (art. 275). Ils dirigent son instruction professionnelle en tenant compte autant que possible de ses forces, de ses aptitudes et de ses vœux (art. 276). Quant à l'éducation religieuse de l'enfant, les parents en disposent librement jusqu'à l'âge de seize ans, et l'article 277 déclare même nulle toute convention qui tendrait à limiter leur liberté à cet égard. Pour l'éducation de leurs enfants, le droit de correction est reconnu aux père et mère (art. 278). La puissance paternelle s'exerce sous la haute surveillance de l'autorité qui peut prescrire des mesures protectrices (1) ou même prononcer la déchéance du père et de la mère (art. 283 et suiv.).

Sur les biens comme sur la personne de leurs enfants, les père et mère ont des droits importants. Ils ont l'administration et la jouissance de ces biens jusqu'à la majorité des enfants, à moins qu'ils n'aient été déclarés déchus de la puissance paternelle. Mais, de même que la puissance paternelle comporte des devoirs cor-

(1) Retrait aux parents de la garde de l'enfant, placement dans un établissement ou une famille, etc...

respondants, le droit d'administration et de jouissance légale est inséparable de l'obligation de pourvoir avant tout aux frais d'entretien et d'éducation des enfants (art. 293). Les parents n'ont en principe ni compte à rendre, ni sûretés à fournir pour leur administration. Il n'y a par conséquent pas d'hypothèque légale au profit des enfants. Leur seule garantie est le droit d'intervention des autorités de tutelle lorsque les père et mère manquent à leurs devoirs (art. 290).

La jouissance légale des père et mère ne s'étend pas toujours à tout le patrimoine de l'enfant. Ainsi elle ne porte pas sur les dons ou legs faits à l'enfant sous la condition expresse qu'ils seront soustraits à cette jouissance, ou pour que le montant en soit placé sur un carnet d'épargne (art. 294). L'enfant a de même l'administration et la jouissance des biens que les parents lui remettent pour exercer une profession ou une industrie (art. 296). Quant au produit de son travail, il faut distinguer si l'enfant fait ou non partie de la communauté domestique. S'il en fait partie, s'il fait ménage commun avec ses parents, le produit de son travail leur appartient ; si au contraire il vit hors de la famille, du consentement de ses parents, il en a la libre disposition (art. 295).

Les droits des père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants sont connexes, en sorte que les mesures prises par l'autorité contre le détenteur de la puissance paternelle influenceront sur son droit d'admi-

nistration et de jouissance. La déchéance de la puissance paternelle entraîne pour le père ou la mère la privation de ses droits sur les biens de l'enfant. Lorsque cependant la puissance paternelle leur échappe sans leur faute (en cas d'incapacité par exemple), il pourront exceptionnellement conserver la jouissance légale, sous réserve des revenus absorbés par les frais d'entretien et d'éducation (art. 298). Les père et mère répondent de la restitution des biens de l'enfant, selon les règles de l'usufruit (art. 300).

Tant que le père et la mère sont vivants et non déchus de la puissance paternelle, l'enfant n'est pas mis sous tutelle. Il n'existe pas dans le code suisse de tutelle des parents, et la puissance paternelle avec les effets personnels et réels que nous venons d'indiquer suffit à régler les rapports de droit entre parents et enfants mineurs, sans qu'il soit besoin de recourir aux règles de la tutelle.

Autorité domestique. — Plus large que la puissance paternelle est l'autorité domestique, bien qu'elles appartiennent toutes les deux au chef de famille. Sont soumis à l'autorité domestique non seulement les enfants mineurs qui vivent avec leurs parents, mais aussi les enfants majeurs qui n'ont pas encore quitté le foyer paternel, les gens de service, apprentis ou ouvriers, en un mot tous ceux qui vivent sous le même toit (art. 331). Ces personnes « sont soumises à l'ordre de la maison

qui doit être établi de manière à tenir équitablement compte des intérêts de chacun » ; mais pour tout ce qui n'intéresse pas l'organisation domestique, éducation, profession, pratiques religieuses, elles conservent une entière liberté. « Le chef de famille veille à la conservation et à la sûreté de leurs effets avec la même diligence que s'il s'agissait des siens propres » (art. 332). Encore que ce soit là des obligations morales et dépourvues de sanction apparente, nous ne voyons pas sans étonnement la loi s'occuper des relations entre maîtres et gens de maison. N'est-ce pas un trait significatif de cette société patriarcale, où les domestiques font réellement partie de la famille, et, selon l'étymologie du mot, de la maison dans laquelle ils sont placés. Il n'y a pas dans les immeubles suisses de sixième étage, et le maître considère tout naturellement comme un devoir de veiller à la santé et à la moralité de ses serviteurs, comme à celle de ses enfants et en général de tous ceux qui vivent sous son toit.

Le chef de famille est, comme dans notre droit français (art. 1384, C. C.), responsable du dommage causé par les personnes placées sous son autorité. Il doit veiller à préserver les personnes de la maison, atteintes de maladies mentales ou faibles d'esprit, des accidents ou dommages qui pourraient leur arriver ou qu'elles pourraient causer à d'autres (art. 333).

Les auteurs du code ont prévu le cas intéressant d'enfants majeurs vivant en ménage commun avec leurs

parents. Il leur a paru équitable que ces enfants, s'ils ont (comme on le voit fréquemment à la campagne) consacré à la famille leur travail et leurs revenus, sans demander autre chose que leur entretien, puissent faire valoir une créance de ce chef, au moins lorsque leurs parents sont sous le coup d'une saisie ou d'une faillite (art. 334). « Si la piété filiale peut leur interdire de réclamer leur dû au père ou à la mère, on ne voit pas pourquoi ils seraient désarmés envers les créanciers de ces derniers » (1). Les parents ont certainement profité du concours gratuit de leurs enfants ; il ne faut pas que les avantages qui ont pu en résulter passent aux seuls créanciers. C'est la même idée qui a fait accorder aux enfants majeurs le droit de réclamer une indemnité équitable, lorsqu'ils partagent la succession de leurs parents avec des frères ou sœurs qui n'ont pas comme eux consacré à la famille leur travail ou leurs revenus (art. 633).

Une indemnité peut également être attribuée lors du partage aux enfants qui au décès des parents ne sont pas encore élevés ou qui sont infirmes (art. 631). Enfin d'une façon générale, les héritiers qui, à l'époque du décès étaient logés et nourris dans la maison et au frais du défunt, peuvent exiger que la succession supporte pendant un mois la charge de leur entretien (art. 606).

Le législateur suisse a cherché à atténuer pour ces

(1) Message du 28 mai 1904, p. 42.

diverses personnes les cruelles conséquences de la disparition subite du chef de famille, et s'intéressant à leur sort avec la même sollicitude paternelle ou charitable, il le supplée en quelque sorte dans son rôle protecteur vis-à-vis de ceux dont il avait la charge.

II,

LA FAMILLE, AU SENS LARGE.

La parenté.

La famille, au sens large, comprend tous les individus qui descendent l'un de l'autre, ou descendent d'un auteur commun (art. 20). Elle comprend également les alliés, chacun au même degré que son conjoint. Il faut noter que la dissolution du mariage ne fait pas cesser l'alliance (art. 21). Le vieil adage coutumier : « Morte ma fille, mort mon gendre », est inconnu des auteurs du code.

Le principal effet de la parenté est l'obligation d'assistance, que nous appelons obligation alimentaire. Cette obligation est plus étendue dans la loi suisse que dans la nôtre. Aux termes de l'article 328 « chacun est tenu de fournir des aliments à ses parents en ligne directe, ascendante et descendante, ainsi qu'à ses frères

et sœurs, sous cette réserve toutefois que les frères et sœurs ne peuvent être recherchés « que lorsqu'ils vivent dans l'aisance » (art. 329). C'est un système plus raisonnable que celui de notre code qui refuse des aliments au frère pour en accorder à la belle-mère. Le code suisse n'établit pas l'obligation alimentaire entre alliés. La demande d'aliments est faite aux débiteurs dans l'ordre de leurs droits de succession. Pour que l'action réussisse, il faut, comme en droit français, que le demandeur soit dans le besoin, et que le défendeur soit en état de pourvoir à son entretien (art. 329).

Un certain nombre de parents ont en matière successorale une situation privilégiée. Ils sont héritiers réservataires. Ce sont bien entendu les descendants, mais aussi les ascendants et les collatéraux les plus rapprochés. Parmi les ascendants, les père et mère ont seuls une réserve, et elle est de la moitié de leur droit successoral (art. 471), tandis que la loi française accorde une réserve aux ascendants à tous les degrés (art. 914 nouveau). Par contre, le code français refuse toute réserve aux collatéraux, tandis que le code suisse en reconnaît une aux frères et sœurs, qu'il fixe au quart de leur droit successoral (art. 471). Toutefois, comme les représentants des divers cantons étaient fort divisés sur cette question de l'attribution d'une réserve aux collatéraux, les cantons romands étant partisans du refus de la réserve même aux frères et sœurs, et certains cantons germaniques au contraire de l'extension

de cette réserve aux descendants et ascendants des frères et sœurs, on a abandonné ce point au droit cantonal. Les cantons sont par conséquent autorisés à supprimer dans leur ressort la réserve des frères et sœurs, ou à l'étendre aux descendants de ceux-ci (art. 472).

Les parents naturels ont les mêmes droits que les parents légitimes, pourvu bien entendu que la filiation d'où résulte le lien de parenté soit bien établie. Ils ont notamment les mêmes droits successoraux que les légitimes du côté maternel; et la situation est la même du côté paternel, s'il est intervenu une reconnaissance ou une déclaration de paternité. Nous avons vu cependant qu'en concours avec des descendants légitimes du défunt du côté paternel, le droit du parent naturel est réduit à la moitié d'une part d'enfant légitime (art. 461).

Les biens de famille.

La famille peut posséder des biens, soit en vertu d'une « fondation de famille » constituée par acte authentique et pourvue d'une personnalité distincte, soit en vertu d'une indivision (art. 336 et suiv.), comprenant tout ou partie des biens de ceux qui y participent et pouvant être organisée en société en participation sous la direction de l'un d'eux. Nous parlerons de l'indivision à propos de la transmission héréditaire du

patrimoine familial (1). Quant à la fondation, nous connaissons déjà son mode de constitution et son fonctionnement (2). Notons seulement que les fondations de famille « seront destinées au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres de la familles ou à des buts analogues » (art. 335).

Enfin « les cantons peuvent permettre la création d'asiles de famille » (art. 349) dont le code fédéral donne seulement le type général, et dont l'organisation sera cantonale. Cette institution fonctionne aux États-Unis sous le nom d'*homestead*, et a fait l'objet de diverses propositions de loi en France (3). Elle a pour but principal de protéger l'agriculture contre les crises économiques, en rendant inaliénable et insaisissable l'immeuble familial.

D'après le code suisse, le *homestead* peut être constitué par toute personne qui a des parents en ligne directe, ascendants ou descendants, et des frères et sœurs. Au contraire, d'après la législation américaine et d'après le projet français dû à l'abbé Lemire, le *homestead* ne peut être constitué que par le père ou

(1) Voir ci-dessous, p. 244 et suiv.

(2) Sur l'organisation des fondations, voir ci-dessus, p. 166.

(3) Projet Léveillé (16 juin 1874). — Projet Hubbard (19 juin 1894). — Projet Lemire, présenté pour la première fois le 18 juillet 1894. — Projet Mougeot (30 décembre 1903) repris depuis par M. Ruau (31 janvier 1905).

la mère ou le conjoint survivant au profit des enfants mineurs (1). « Tandis qu'en France et en Amérique, on veut assurer l'éducation des enfants qui doit être indépendante des crises pouvant bouleverser la situation économique de leurs parents, en Suisse au contraire on cherche à protéger tous les membres de la famille en général, en leur garantissant un refuge au foyer lorsqu'ils tombent dans le malheur (2). » L'autorité compétente peut en effet obliger le propriétaire à donner asile à ses parents en ligne directe et à ses frères et sœurs, lorsque leur position l'exige et qu'ils n'en sont pas indignes (art. 355), disposition où apparaît d'une façon saisissante le sentiment si puissant en Suisse de la solidarité familiale.

Peuvent être constitués en asiles de famille d'après le code, soit une simple maison d'habitation, soit une exploitation agricole, soit une exploitation industrielle. La loi suisse est ici plus large que la loi américaine et les projets français que réservent le bénéfice de l'institution aux exploitations agricoles et ne mentionnent pas les exploitations industrielles. Mais le code suisse exige comme le législateur des Etats-Unis et comme le projet français que l'immeuble soit habité ou l'industrie exploitée par le propriétaire lui-même. Il ne devra pas

(1) Le projet Mougeot-Ruau, plus libéral, admet la constitution par tout chef de famille.

(2) M. Gottofrey, rapporteur français Conseil national, séance du 28 juin 1903. *Bulletin sténographique*, XV, n° 42.

en outre être plus grand que ne l'exigent l'entretien ou le logement d'une famille (art. 350).

Les formalités requises pour la constitution de l'asile sont plus compliquées que celles en usage aux États-Unis. On ne se contente pas d'une simple déclaration à l'autorité compétente, accompagnée de publication. L'autorité joue un rôle actif dans la constitution. Elle ouvre d'abord une enquête préalable en vue de provoquer les oppositions des créanciers et de tous ceux qui se prétendraient lésés par la constitution de l'asile. Les créanciers chirographaires et à *fortiori* les créanciers hypothécaires ont le droit de former opposition (art. 351). Les oppositions une fois liquidées, l'autorité approuve la fondation, si l'immeuble remplit les conditions légales (art. 352). Enfin l'inscription au registre foncier suivie de publication est exigée (art. 353).

L'immeuble constitué en asile de famille est inaliénable et insaisissable. Son propriétaire ne peut pas le grever de nouveaux gages immobiliers ; il ne peut même pas le donner à bail (art. 354). S'ils ont laissé se constituer sans opposition l'asile de famille ou si leurs créances sont postérieures à la constitution, les créanciers du propriétaire n'ont plus d'autres ressources, en cas d'insolvabilité de leur débiteur, que de demander l'administration d'office de l'asile. Il est alors nommé un gérant qui administre conformément à leurs intérêts, tout en maintenant la destination de l'asile (art. 356). Le droit des créanciers est tout autre d'après la loi amé-

ricaine. Ils peuvent obtenir la vente de la maison constituée en homestead ; mais leur débiteur a le droit de prélever sur le produit de la vente une certaine somme qui lui permettra la reconstruction d'une nouvelle maison où il pourra trouver asile. Suivant les projets français, un certain nombre d'hectares seulement, ou désignés à l'avance ou représentant une certaine valeur, sont soustraits aux mesures d'exécution forcée. En Suisse, tout le bien est insaisissable. Quant aux intérêts des créanciers, ils sont sauvegardés par l'intervention de l'autorité dans la constitution de l'asile, et, le cas échéant, par l'administration d'office.

Le propriétaire de l'asile peut le supprimer de son vivant, s'il n'y a pas d'opposition justifiée à la suppression (art. 358). A défaut de disposition formelle en ordonnant le transfert aux héritiers, l'asile de famille est également supprimé au décès du propriétaire (art. 357).

L'intérêt de l'institution est fort discutable et il est douteux que la pratique s'en généralise beaucoup. En particulier dans les régions agricoles, son succès est improbable. « De deux choses l'une, ou bien il s'agit d'un agriculteur peu endetté, ou bien d'un agriculteur très endetté. Si l'agriculteur est peu endetté, il est à prévoir qu'il ne consentira pas facilement à une restriction de ses droits sur les immeubles qui lui appartiennent. Il ne renoncera pas au droit de les aliéner, de les hypothéquer, et ne voudra pas se sou-

mettre au contrôle de l'administration. S'il s'agit au contraire d'un agriculteur endetté, il est à prévoir que ses créanciers s'opposeront à la constitution de sa propriété en asile de famille... Donc, les personnes qui possèdent une certaine fortune ne voudront pas de cette institution, et les personnes endettées seront dans l'impossibilité d'y recourir (1). » Mais, en dehors de l'agriculture, les asiles de famille pourront rendre d'importants services sur le terrain économique et social. Les autorités municipales et centrales, et les associations privées trouveront dans l'asile de famille un moyen légal et sûr de procurer au public des logements à bon marché, de créer des quartiers ouvriers. Insaisissables et inaliénables, les logements ainsi constitués en asile seront à l'abri de la spéculation, et la conservation en sera assurée aux personnes pour lesquelles ils auront été construits.

III

LE PATRIMOINE FAMILIAL.

Une idée domine toutes les dispositions du code civil suisse qui ont trait au patrimoine et à sa transmission :

(1) Gottofrey, rapporteur français au Conseil national, séance du 28 juin 1905. *Bulletin sténographique*, *loc. cit.*

c'est celle de conserver autant que possible les biens dans la famille, d'en éviter le fractionnement, de maintenir l'unité du patrimoine familial. Plus peut-être qu'en matière personnelle, l'intérêt individuel est subordonné en matière réelle à l'intérêt du groupe.

Nous allons étudier la transmission et l'organisation du patrimoine familial, d'abord selon la volonté exprimée du chef de famille, puis en l'absence de dispositions prises par lui.

La volonté du chef de famille.

La liberté testamentaire est largement reconnue au citoyen suisse, nous l'avons vu, tant pour le fonds que pour la forme de ses dispositions. Le principal intérêt de cette liberté est précisément de permettre au chef de famille de décider lui-même de l'organisation future de son patrimoine.

Le pacte successoral, dont le code suisse reconnaît la validité, est la forme de disposition la plus avantageuse à ce point de vue. La validité des pactes conclus avec le concours et l'assentiment de la personne dont la succession fait l'objet de l'acte était déjà reconnue par notre ancien droit, et il en était fait un usage fréquent, surtout dans les familles nobles et en vue de faire un aîné. Le code Napoléon vint prohiber toute espèce de pacte sur succession future, même conclu avec l'assen-

timent du « de cujus ». Pour justifier cette prohibition, on présente comme immoral le partage des biens d'une personne vivante, et comme dangereux cette espèce de testament irrévocable par lequel le disposant abandonne des droits considérables, souvent sans la moindre contre-prestation. S'il est vrai que le pacte successoral peut prêter à des calculs immoraux et à de dangereuses combinaisons, il faut reconnaître que l'exigence de la forme authentique suffira le plus souvent à les écarter. Entouré de certaines précautions, ce mode de disposition pourra rendre d'importants services.

En Suisse, il permettra mieux que tout autre au chef de famille de régler de son vivant les conditions futures de son patrimoine et les droits qu'auront sur lui les différents membres du groupe. Il pourra y recourir pour établir entre plusieurs de ses héritiers le régime le plus favorable à la prospérité de son domaine agricole, de son commerce, de son industrie. Il pourra aussi, grâce au pacte successoral, faire des avances ou donner leur part à des enfants qui ont besoin de ressources immédiates pour trouver une situation, et qui peut-être résideront à l'étranger lors de l'ouverture de la succession. Comment ces graves intérêts seraient-ils sauvegardés, si le législateur suisse prohibait le pacte successoral ? Comme ils le sont en France, au moyen de ventes fictives, de baux ou autres contrats simulés. Ne vaut-il pas mieux introduire franchement dans la loi l'institution qui permet de prendre les dispositions les plus favo-

rables à chacun des héritiers en particulier, et au groupe familial en général ?

Il faut d'ailleurs remarquer que le pacte successoral n'est pas en Suisse une disposition à titre purement gratuit par laquelle le disposant se dépouille sans rien recevoir. C'est un arrangement de famille qui implique en général des contreprestations à fournir entre vifs et qui rentre dans la formule romaine « *do ut des* » (art. 495). La contreprestation pourra consister en une rente viagère garantie par des sûretés réelles, en une somme d'argent immédiatement versée, ou en tout autre avantage.

Nous avons déjà fait connaître les règles du pacte successoral (1). Il nous faut seulement en signaler les deux modes principaux, l'institution d'héritier et le pacte de renonciation. Le disposant peut, dans un pacte successoral, s'engager à laisser à un tiers un legs particulier ou toute sa succession, auquel cas il continue à disposer librement de ses biens (art. 494). Il peut aussi obtenir, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, la renonciation d'un de ses héritiers à sa succession (art. 495). Le renonçant perd alors sa qualité d'héritier, et sa renonciation profite, à défaut de clause contraire, aux cohéritiers du même ordre, c'est-à-dire aux descendants de l'auteur commun le plus proche (art. 496). Le plus souvent, les deux espèces de pacte (legs ou insti-

(1) Voir ci-dessus, p. 154.

tution d'héritier, et renonciation) se complètent et se combinent. Ainsi un enfant renonce, mais pour l'indemniser on lui garantit des avantages successoraux ou on lui verse immédiatement une somme liquide. Le pacte successoral est un instrument d'une grande souplesse juridique, et il serait téméraire de chercher à prévoir toutes les formes qu'il pourra prendre. La seule crainte que l'on puisse exprimer est qu'on ne rencontre de grosses difficultés lorsque des héritiers réservataires intenteront l'action en réduction (1).

Il est permis, nous l'avons vu, à qui que ce soit en Suisse de grever ses héritiers de substitution au profit de qui que ce soit, mais la substitution n'est autorisée qu'à un degré (art. 488). Malgré cette restriction, la substitution contribuera largement à garantir la conservation intégrale du patrimoine familial. Qu'il soit de tradition dans une famille de grever ses enfants de restitution au profit de ses petits-enfants, et que la substitution se reproduise de génération en génération, et voilà la prospérité matérielle de la famille assurée, sauf accident, pour un avenir prolongé. Le grevé ne peut obtenir l'envoi en possession que s'il fournit des sûretés pour garantir la restitution des biens à l'appelé. Lorsque le grevé ne peut fournir de sûretés ou lorsqu'il compromet les droits de l'appelé, il peut être pourvu à l'administration d'office de la succession (art. 490).

(1) Voir sur ces difficultés : Exposé des motifs, p. 354 et suiv.

Nous avons dit que l'exhérédation peut être prononcée contre l'héritier réservataire « lorsqu'il a commis un délit grave contre le défunt ou l'un de ses proches, et lorsqu'il a gravement failli aux devoirs que la loi lui impose envers le défunt ou sa famille » (art. 477). Il nous reste à signaler une dernière cause d'exhérédation, l'insolvabilité : Le descendant insolvable peut être exhéredé pour la moitié de sa réserve, et cette moitié sera attribuée à ses enfants nés ou à naître (art. 480). L'idée qui a dicté cette disposition est évidente. Ce n'est plus ici, comme dans les deux autres cas d'exhérédation, une sorte de peine morale contre l'héritier, c'est une mesure destinée à protéger le patrimoine familial. On ne veut pas que ce patrimoine tombe tout entier aux mains d'un individu insolvable pour devenir la proie de ses créanciers, et l'on permet au chef de famille de sacrifier, s'il le juge utile, l'intérêt particulier d'un de ses descendants à l'intérêt supérieur du groupe familial.

Enfin, lors même que le chef de famille ne prend par testament ou par pacte successoral aucune disposition exceptionnelle, il a le droit, sous quelque forme qu'il rédige ses dernières volontés, de prescrire à ses héritiers certaines règles pour le partage de son patrimoine et la formation des lots. Ces règles sont obligatoires pour les héritiers, sans réserve de rétablir, le cas échéant, l'égalité des lots si le disposant n'a pas manifesté l'intention d'y porter atteinte (art. 608). Rien de

pareil n'est autorisé en France. Même en cas de partage d'ascendant, notre jurisprudence fait l'application brutale de l'article 832 du code Napoléon qui prescrit de composer les lots de façon aussi semblable que possible. La solution de nos voisins, qui laissent au père de famille toute liberté pour fixer les règles du partage et composer les lots, est autrement pratique. Elle présente l'avantage économique de permettre la limitation du morcellement de la propriété foncière. Enfin, les Suisses y voient surtout un moyen de faire prévaloir dans la répartition du patrimoine la volonté du chef de famille, c'est-à-dire l'intérêt général.

Absence de dispositions du chef de famille.

Il peut se faire que le chef de famille n'ait pas eu le temps ou n'ait pas pris soin de faire un testament ou un pacte successoral. En ce cas, ses intentions touchant l'organisation à venir de son patrimoine sont inconnues. En vue de suppléer autant que possible à cette absence de dispositions, le code fait aux héritiers une obligation « de se communiquer, sur leur situation envers le défunt, tous les renseignements propres à permettre une égale et juste répartition » (art. 610). Le désir de faire prévaloir la volonté du défunt est ici manifeste. Si les héritiers disposent de renseignements conformes à à leurs intérêts, ils se les communiqueront, et la liqui-

dation pourra se faire au mieux des intérêts de chacun. Mais les héritiers ne se communiqueront certainement pas les renseignements qui leur seraient défavorables, et il pourra d'ailleurs arriver qu'ils soient absolument ignorants des intentions du défunt à leur égard. Quel sera alors le sort du patrimoine familial ?

Assurément le législateur n'a pas le droit d'intervenir pour imposer aux héritiers telle ou telle répartition des biens. Ce serait empiéter sur leur liberté individuelle. Tout ce qu'il peut faire, c'est de permettre le maintien des choses dans l'état où les a laissées le défunt ; et, présumant que son intention était de voir subsister l'entreprise agricole, industrielle, ou commerciale qu'il exploitait, d'édicter des dispositions en vue d'en faciliter aux héritiers la continuation. Toute une série de dispositions ont été insérées à cette fin dans le code civil suisse.

Nous avons déjà vu que le conjoint survivant peut prolonger la communauté avec les enfants nés du mariage (art. 227 et suiv.). Dans ce cas, l'exercice des droits successoraux est suspendu jusqu'à la dissolution de la communauté et le patrimoine familial reste par conséquent intact. S'il dépend de la communauté un fonds de commerce ou une entreprise agricole, l'exploitation en sera continuée sans interruption et dans les mêmes conditions, au grand avantage de tous.

Nous avons fait dans cette voie un essai encore bien timide par la loi du 30 novembre 1894 sur les habita-

tions à bon marché, mais il semble qu'il n'a guère été fait usage jusqu'à ce jour des facilités offertes par l'article 8 de cette loi (1).

A l'inverse de ce qui se passe en France, les entreprises commerciales, industrielles ou autres, qui font partie du patrimoine des pupilles, peuvent de même être continuées (art. 403).

Enfin il est permis de surseoir au partage, s'il paraît inopportun. Tout héritier a le droit de demander qu'il y soit sursis « si la valeur des biens devait être notablement diminuée par une liquidation immédiate » (art. 604). Le partage est également ajourné « s'il y a lieu de prendre en considération les droits d'un enfant conçu » (art. 605). Si un héritier s'y oppose, « les objets qui par leur nature forment un tout » ne sont point partagés (art. 613). Enfin, s'il se trouve dans la succession des biens (non plus des objets mobiliers, mais des immeubles) qui ne peuvent être partagés sans subir une diminution notable de leur valeur, ils sont attribués à l'un des héritiers (art. 612).

Le code règle en détails le cas spécial où il dépend de

(1) Cet article permet le maintien de l'indivision de la maison, à la demande du conjoint survivant pendant cinq ans à partir du décès ; et dans le cas où il se trouve des mineurs parmi les descendants, la continuation de l'indivision pendant cinq ans à partir de la majorité de l'ainé. La loi du 12 avril 1906 a modifié cet article 8, en ce sens que l'indivision peut être maintenue en faveur du conjoint survivant non seulement pendant cinq ans à partir du décès, mais encore continuée de cinq ans en cinq ans jusqu'à son propre décès.

la succession une exploitation agricole constituant une unité économique. Selon les règles de notre droit successoral français qui se ressent de ses origines révolutionnaires et tend au morcellement des biens, cette exploitation doit être partagée ou vendue, elle ne peut être attribuée à un seul des héritiers et ne peut être laissée dans l'indivision qu'en vertu d'une convention et pour cinq ans seulement (1). Les auteurs du code suisse qui ont toujours en vue l'intérêt du groupe familial ont rejeté cette solution rigoureuse. Ils écartent au moins provisoirement le partage désastreux qui détruit l'unité du patrimoine familial, rendant inutiles et vains les efforts consacrés par le chef de famille à la formation, l'accroissement et l'embellissement de son domaine. Aux termes de l'article 620, l'exploitation agricole peut être attribuée entièrement à celui des héritiers qui le demande et qui paraît capable de se charger de l'entreprise. Cet héritier peut exiger que le bétail, le matériel et les marchandises servant à l'exploitation lui soient attribués (art. 620). Si une industrie est attachée à l'exploitation, il peut également en réclamer la direction (art. 625). Le tout fait l'objet d'une estimation qui fixe le prix d'attribution. « Les héritiers qui veulent

(1) Cependant le projet Ruau du 31 janvier 1903 sur le bien de famille permet le maintien de l'indivision, à la mort du constituant, s'il laisse des enfants mineurs. Il accorde également à chacun des héritiers et au conjoint survivant (s'il a un droit de propriété) la faculté de reprendre le bien de famille sur estimation (art. 9).

faire valoir l'exploitation eux-mêmes ont le droit de réclamer par préférence qu'elle leur soit attribuée pour le tout » (art. 621). C'est d'ordinaire un des fils qui reprendra l'exploitation, mais si aucun d'eux ne veut assumer cette charge, les filles ou gendres peuvent demander qu'elle leur soit attribuée.

Quel que soit l'attributaire de l'exploitation, il importe de régler la manière dont les cohéritiers seront désintéressés. Ils ont le droit d'exiger des sûretés pour les parts qui leur reviennent sous forme d'une hypothèque sur les immeubles en exploitation. Mais lorsque, par suite de la liquidation immédiate de leurs droits dans l'exploitation, les immeubles se trouveraient grevés au-delà des trois quarts de leur prix par les sûretés à fournir, l'héritier peut demander qu'il soit sursis au partage et à la liquidation de ces droits (art. 622).

Il reprend alors l'exploitation comme gérant d'une indivision en participation (art. 347 et 348). Il administre les biens comme le chef d'une indivision ordinaire ; il dirige l'exploitation non pas comme un fermier mais comme un véritable propriétaire. Il n'a pas besoin de grever l'héritage pour rembourser leur part à ses frères et sœurs ; il est tenu seulement de verser à chacun d'eux sa part virile du bénéfice net. L'indivision durera tant qu'il ne sera pas en état de liquider la situation en payant ses cohéritiers, ou qu'il ne provoquera pas lui-même la dissolution (art. 623). De leur côté les cohéritiers pourront dénoncer l'indivision si le

gérant compromet les biens communs par son exploitation, ou ne remplit pas ses engagements (art. 348, al. 1).

On voit quelle solution pratique fournira l'indivision en participation, dans bien des cas où les intéressés seraient sans cela condamnés à aliéner les biens, ou à les morceler ou à les grever à l'excès. L'indivision en participation n'est en somme pas autre chose qu'un ajournement du partage à un moment plus opportun, dans des circonstances où il serait contraire à l'intérêt familial d'y procéder sur-le-champ. Outre ses avantages économiques, l'indivision en participation a encore un intérêt moral qui ne devait pas échapper au législateur suisse. « Grâce à ce système, dit M. Huber, les héritiers demeurent attachés à l'héritage paternel. Quel que soit leur sort, qu'ils se dispersent aux quatre points cardinaux pour gagner leur pain comme artisans, instituteurs, gouvernants, commerçants, un lien puissant existera toujours entre eux et la famille même, et toujours le patrimoine indivis leur offrira un sûr refuge (1). »

Au reste, l'indivision en participation ne pourra pas être imposée aux cohéritiers de l'exploitant. Chacun d'eux pourra demander en tout temps à être rempli de ses droits, sous forme d'une créance garantie par le fonds indivis. Toutefois, afin d'éviter que le fonds ne se trouve ainsi grevé au-delà des trois quarts du prix d'at-

(1) Exposé des motifs, p. 212.

tribution, l'article 624 autorise l'attributeur à ne délivrer pour l'excédent à son cohéritier qu'une lettre de rente successorale (1). Cette lettre de rente ne le grèvera pas personnellement, elle sera dénonçable au plus tôt au bout de dix ans, et ne devra pas porter un intérêt supérieur aux taux des autres lettres de rente. Dans ces conditions, le cohéritier recevra, au lieu de sa part en revenus dans l'indivision, une véritable rente. Cette solution sera particulièrement avantageuse pour lui, dans les cas où il aura besoin de fonds, car il lui sera plus facile de négocier son titre que de faire argent de ses droits indivis.

A défaut d'accord amiable entre les cohéritiers pour l'attribution à l'un d'eux de l'exploitation, c'est l'autorité qui décide. Si l'entente paraît absolument impossible, elle ordonne la vente ou le partage « en tenant compte des usages locaux, et à défaut d'usages, de la situation personnelle des héritiers » (art. 621 et 625).

La préoccupation de sauvegarder l'intégrité économique du patrimoine, et d'empêcher le fractionnement excessif de la propriété foncière, apparaît dans d'autres dispositions du code. Citons notamment l'article 616 qui permet aux cantons de fixer un minimum de contenance au-delà duquel le morcellement des biens fonds sera interdit. Mentionnons aussi le droit de préemption

(1) La lettre de rente est une des formes du gage immobilier. Elle est indépendante de toute obligation personnelle, et a pour débiteur le propriétaire actuel de l'immeuble grevé.

accordé aux copropriétaires contre tout tiers acquéreur d'une quote-part de l'immeuble indivis (art. 682).

Nous espérons avoir réussi à montrer à quel point le législateur suisse a poussé le souci de protéger le patrimoine familial et d'en assurer la transmission de génération en génération, en dépit de tous les accidents. Sera-t-il fait un usage fréquent des procédés juridiques qu'il offre dans ce but aux citoyens ? On ne saurait l'affirmer ; mais le développement dans certains cantons de ces institutions, et en particulier de l'indivision en participation, ne laisse pas d'être en ce sens une sérieuse indication.

CHAPITRE QUATRIÈME

L'ÉTAT

Le pouvoir de surveillance et de contrôle de l'État s'exerce en Suisse non seulement dans le domaine du droit public, mais aussi dans celui du droit privé. Il est vrai qu'alors ce pouvoir n'est pas exercé par l'État sous sa forme fédérale, mais par les diverses autorités cantonales, agissant chacune dans son ressort et dans les limites prévues par la constitution fédérale. Quand par conséquent on parle de l'État suisse et de son intervention dans les relations privées, il ne faut pas entendre par là cette puissance impersonnelle et centralisée que nous sommes habitués à nous représenter en France et que nous considérons avec une vénération mêlée de crainte. Pour le citoyen suisse, l'État sous sa forme cantonale est quelque chose de moins lointain et de mieux défini, une autorité qu'il a le plus souvent contribué à élire et à constituer, avec laquelle il est en contact presque quotidien, qu'il sait informée des besoins et des usages du pays, qu'il connaît par conséquent très bien et en laquelle il a pleine confiance. Si

l'on songe qu'un canton suisse a à peine l'étendue et la population d'un département français, et si l'on se souvient que les autorités administratives et judiciaires, au lieu d'être organisées sur un type uniforme ont leur physionomie propre dans chaque canton, on comprendra aisément que l'État apparaisse plutôt comme l'incarnation des intérêts généraux du groupement régional, que comme une sorte de puissance occulte, tantôt bienfaisante et tantôt sectaire, mais toujours arbitraire et despotique. Sous le bénéfice de cette observation, nous n'hésiterons pas à reconnaître que le législateur suisse a parfois accordé à l'autorité, sous prétexte de protection de la moralité publique et de l'intérêt général, des pouvoirs excessifs, dangereux et attentatoires à la liberté individuelle.

Lorsque le législateur fédéral délègue aux autorités cantonales un pouvoir d'intervention et de contrôle dans les relations entre particuliers, il en remet généralement l'exercice à deux organes superposés, l'autorité ordinaire et l'autorité de surveillance. Les cantons désigneront d'ailleurs, à leur guise, les organes administratifs ou judiciaires qui en seront chargés.

I

L'ÉTAT, PROTECTEUR DE L'INTÉRÊT FAMILIAL.

Nous avons déjà noté à plusieurs reprises l'intervention de l'autorité dans les affaires intéressant la famille. Nous l'avons vu intervenir dans les rapports entre conjoints, entre parents et enfants, pour autoriser l'adoption (art. 267), pour approuver la fondation d'un asile de famille (art. 352) et en surveiller la gestion (art. 355 et 358). Nous nous contenterons ici d'exposer son rôle particulièrement important dans les deux domaines de l'union conjugale et de la tutelle.

L'autorité et l'union conjugale.

L'autorité judiciaire est chargée par le code de veiller à l'exacte observation des règles qui régissent les relations entre les époux. C'est le juge qui protège chacun des époux contre l'autre et qui est le gardien des intérêts supérieurs de l'union conjugale. Toute atteinte par l'un des époux aux droits de son conjoint est aussi une faute envers l'union conjugale. Aussi les mesures prises par la loi pour protéger chacun des

conjointes contre l'autre sont-elles en même temps des mesures protectrices de l'union conjugale.

« Assurément, il ne saurait être question de sanctionner par des mesures judiciaires les droits et les devoirs de la vie conjugale, et l'on est forcé de reconnaître que dans les cas les plus graves le divorce sera la seule solution possible (1) ». Mais le plus souvent on se trouvera en présence de faits d'une gravité insuffisante pour entraîner la dissolution de l'union conjugale et cependant assez sérieux pour justifier l'intervention de l'autorité. C'est dans de pareils cas que le code donne mission au juge d'examiner les réclamations de l'époux lésé et d'y faire droit s'il y a lieu, en prenant toujours les décisions les plus conformes aux intérêts de l'union conjugale et de la famille,

Le mari peut retirer tout ou partie de ses pouvoirs à la femme qui abuse de son droit de représenter l'union conjugale (art. 164); mais, si la femme estime que cette déchéance n'est pas justifiée, elle a le droit d'en appeler au juge de la décision du mari. Le juge la réintègre dans ses droits, lorsqu'il juge cette décision mal fondée (art. 165). De même, quand le mari refuse son consentement à l'exercice par la femme d'une profession ou d'une industrie, elle peut obtenir à cette fin l'autorisation du juge, si elle réussit à établir « que cette mesure est commandée par l'intérêt de l'union

(1) Exposé des motifs, p. 136.

conjugale et de la famille » (art. 167). Lorsque le mari néglige ses devoirs envers la femme ou ses enfants, le juge peut ordonner aux débiteurs des époux d'effectuer leurs paiements en tout ou en partie entre les mains de la femme (art. 171). Telles sont les mesures de protection que le juge peut prendre spécialement en faveur de la femme. Il n'existe pas de mesures de protection spéciales au mari.

A l'égard de l'un ou de l'autre des conjoints indistinctement, le juge est pourvu de pouvoirs très étendus et sur lesquels nous devons nous arrêter. Ces pouvoirs résultent de l'article 169 qu'il faut citer intégralement, vu son importance : « Lorsqu'un des époux néglige ses devoirs de famille ou expose son conjoint à péril, honte ou dommage, la partie lésée peut requérir l'intervention du juge. Le juge cherche à ramener l'époux coupable à ses devoirs, et, s'il n'y réussit pas, prend les mesures prévues par la loi pour sauvegarder les intérêts de l'union conjugale. » C'est peut-être l'article du code où apparaît le mieux le rôle de l'autorité, protectrice des intérêts matériels et moraux de la famille. Le juge cherchant à ramener l'époux coupable à ses devoirs, et devenant en quelque sorte le directeur moral de l'union conjugale, c'est une étrange conception, et l'influence protestante nous semble ici manifeste. Donner des leçons morales, c'est peut-être l'affaire du pasteur, ce n'est pas celle du magistrat. Si cependant le juge est digne de cette mission moralisatrice, et s'il la rem-

plit impartialement, son intervention pourra parfois être bienfaisante et rétablir la paix dans les ménages momentanément désunis. Mais que de pareils pouvoirs soient aux mains d'un juge passionné ou indélicat, et l'on pourra craindre les interprétations les plus abusives et les décisions les plus arbitraires, d'autant mieux que la généralité de la formule légale permettra de recourir à justice à tout propos, et de faire valoir contre son conjoint les griefs les plus fantaisistes. On fait, il est vrai, remarquer que l'ingérence de l'autorité n'est pas à redouter, car le juge n'interviendra pas d'office, mais seulement à la requête de l'un des conjoints. Mais, comme, de l'aveu des auteurs du code, l'intervention ne peut être refusée dès le moment où elle est sollicitée (1), l'autorité judiciaire sera constamment mêlée aux détails les plus intimes de la vie conjugale, et c'était bien assez qu'elle y pénétrât dans des circonstances où la rupture du lien conjugal paraît inévitable.

Le législateur suisse s'inspire des mêmes idées morales, quand il reconnaît au juge le pouvoir d'autoriser un époux à avoir une demeure séparée « lorsque sa santé, sa réputation ou la prospérité de ses affaires sont gravement menacées par la vie commune » (art. 170). La femme étant autorisée à avoir un domicile distinct, et le mari libéré de l'obligation de recevoir sa femme chez lui, la vie commune se trouve par conséquent

(1) Message du 28 mai 1904, p. 28.

suspendue. Le juge fixe les indemnités que l'un des conjoints devra verser à l'autre pour son entretien (art. 170, al. 3). Cette suspension de la vie commune est une mesure grave. Toutefois, celui des époux qui en requiert l'application n'a pas besoin pour l'obtenir de faire la preuve d'un danger précis ; il suffit que sa santé, sa réputation ou sa fortune soient compromises par la conduite générale de son conjoint. Nous avons vu que de même la femme peut obtenir la séparation de biens sans établir l'existence d'un péril bien défini ; et nous n'avons pas à revenir sur les pouvoirs du juge en cette matière.

Nous avons déjà parlé des pouvoirs que possède le juge dans les instances en divorce ou en séparation de corps. Bornons-nous à rappeler qu'il a la faculté de tenter par diverses mesures de rétablir l'entente entre les époux, avant de prononcer la dissolution définitive du lien conjugal. En cas d'abandon malicieux, il peut, à la requête de l'époux abandonné, sommer l'époux absent de rentrer au domicile conjugal dans les six mois (art. 140). Il peut prononcer une séparation de corps temporaire (de un à trois ans, art. 147). Il peut prononcer seulement la séparation de corps, bien que l'action tende au divorce, si la réconciliation des époux paraît probable (art. 146). Il prend, au cours de l'instance, les mesures provisoires nécessaires, en ce qui concerne la demeure et l'entretien de la femme, la fortune des époux et la garde des enfants (art. 145). S'il prononce le divorce ou la séparation de corps, il règle

de même l'exercice de la puissance paternelle, et les relations personnelles entre parents et enfants (art. 156). Enfin, il accorde, s'il y a lieu, une pension alimentaire à l'époux innocent (art. 152).

En somme, le droit d'intervention du juge dans les rapports conjugaux pourra avoir au point de vue des intérêts familiaux les plus heureux résultats, il s'exerce avec prudence et modération. Mais il est à craindre qu'il n'en soit fait un usage incessant et arbitraire, et qu'au lieu de consolider l'entente au foyer conjugal, il ne contribue à y semer la discorde.

L'autorité en matière tutélaire.

L'évolution des idées juridiques semble avoir aujourd'hui condamné le système de la tutelle privée pour lui substituer celui de la tutelle publique. C'est une tutelle d'État qu'a institué le code allemand de 1896-1900, au moyen des tribunaux de tutelle; et c'est quelque chose d'analogue que vient d'établir en France la loi du 2 juillet 1907, en confiant au tribunal de première instance l'organisation et la surveillance de la tutelle des enfants naturels (art. 389 nouveau). Les auteurs du code civil suisse n'ont donc fait que se conformer au courant des idées contemporaines, en soumettant la tutelle à la direction et au contrôle de l'autorité.

La tutelle suisse est en principe une tutelle publique. L'organisation et le contrôle en sont confiés à l'autorité

tutélaire et à l'autorité de surveillance, cette dernière pouvant comprendre elle-même plusieurs instances superposées. Les auteurs du code ont par conséquent écarté l'institution du conseil de famille qui ne donnait pas dans les cantons où elle existait, Genève et Vaud par exemple, de meilleurs résultats qu'en France (1). La protection des pupilles est fort mal assurée par cette assemblée dont la composition est plus ou moins livrée au hasard et dont les membres sont souvent trop ignorants des intérêts du pupille et trop peu attachés à sa personne pour prendre de sages décisions. Cependant le législateur suisse a réservé l'institution du conseil de famille dans les circonstances particulières où il est de l'intérêt du pupille que la famille soit chargée de sa tutelle. La tutelle privée sera donc autorisée à titre exceptionnel, lorsqu'il s'agira de la tutelle de citoyens suisses résidant à l'étranger, lorsqu'on voudra éviter de mêler des étrangers aux affaires du pupille, notamment pour la continuation d'une industrie ou d'une société, ou dans d'autres cas analogues (art. 362). Le conseil de famille est alors chargé des fonctions attribuées dans la tutelle publique à l'autorité tutélaire, mais il les exerce comme elle sous le contrôle de l'autorité de surveillance (art. 363 et 366).

Le code suisse prévoit deux espèces de tutelle, la tu-

(1) Une loi de 1877 avait même créé à Genève une chambre des tutelles chargée de convoquer et de surveiller les conseils de famille.

telle ordinaire confiée à un tuteur, et la tutelle extraordinaire confiée à un curateur. Il n'y a pas entre elles différence de nature, mais différence d'étendue. « La tutelle s'applique à toutes les éventualités dans lesquelles l'office du représentant légal embrasse l'ensemble des intérêts du pupille, tandis que la curatelle s'adresse à toutes les autres fort dissemblables d'ailleurs, entre autres à l'administration des biens sans interdiction du propriétaire, et à la représentation pour certains actes... Les droits et les devoirs qu'elles impliquent sont les mêmes et toutes deux sont des mandats publics. En outre les fonctions du tuteur et du curateur sont dans la règle soumises à la même surveillance officielle, subordonnées à la même autorité, et la responsabilité est la même (1). »

Sont soumis à la tutelle les mineurs et les interdits. La tutelle des mineurs se passe de commentaires. Quant à l'interdiction elle a dans le code suisse des applications plus nombreuses que dans le nôtre. Sont soumis au régime de l'interdiction, non seulement les individus ayant subi certaines condamnations (art. 371), frappés chez nous d'interdiction légale, les prodiges et les faibles d'esprit pourvus chez nous d'un conseil judiciaire, les aliénés (art. 369) chez nous interdits ou internés, mais aussi les ivrognes (2) et les individus vi-

(1) Exposé des motifs, p. 243.

(2) La mise en interdiction des ivrognes n'étonne pas de la part

vant dans l'inconduite. « Sera pourvu d'un tuteur, dit en effet l'article 370, tout majeur qui, par ses prodigalités, son ivrognerie, son inconduite ou sa mauvaise gestion, s'expose, lui ou sa famille, à tomber dans le besoin, ne peut se passer de soins et secours permanents, ou menace la sécurité d'autrui. » Voici encore une disposition qui révèle de façon évidente les tendances moralisatrices et protestantes de la législation suisse. Le législateur a eu surtout en vue dans cet article la protection matérielle et morale de la famille. Nous retrouvons encore ici l'ingérence de l'autorité dans la vie privée des particuliers. L'interdiction ne peut être prononcée, il est vrai, pour cause de prodigalité, d'ivrognerie, d'inconduite ou de mauvaise gestion qu'après que l'intéressé aura été entendu (art. 374). Mais est-ce là une garantie suffisante contre les abus de pouvoir, et la liberté individuelle n'est-elle pas bien exposée, si l'autorité peut être constamment appelée à intervenir dans la conduite des citoyens ?

Pour éviter des abus, l'article 374 décide également que « l'interdiction pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit ne pourra être prononcée que sur un rapport d'experts et après audition préalable du malade, s'il est possible ».

Pour quelque cause qu'elle soit prononcée, l'interdic-

d'un peuple qui vient de prohiber sur son territoire la circulation et la vente de l'absinthe.

tion doit être publiée sans délai et n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'à dater de la publication (art. 375).

C'est le domicile du mineur ou de l'interdit qui est pris en considération pour fixer le siège de la tutelle, ou, comme disent les Suisses « le for tutélaire » (art. 376). Le pupille ne peut changer de domicile qu'avec le consentement de l'autorité tutélaire (art. 377).

Pour la désignation du tuteur, l'autorité tutélaire se conforme, quand il n'y a pas d'inconvénients aux vœux exprimés par le père ou la mère, ou par l'incapable lui-même (art. 381). Le tuteur sera choisi de préférence parmi les membres de la famille (proches parents ou alliés, ou même conjoints). La tutelle, tout en étant publique, demeurera donc, autant que possible, familiale (art. 380). Aucune disposition n'empêche la femme d'être tutrice ; et l'on reconnaît une fois de plus en cette matière l'esprit féministe du code. En principe les parents mâles ou le mari du mineur ou de l'interdit sont tenus d'accepter les fonctions de tuteur (art. 382). Nous n'entrerons pas dans le détail des cas de dispense et des causes d'incapacité. Notons seulement que l'individu qui se déshonore par son inconduite est incapable d'être tuteur (art. 384).

La curatelle peut consister, nous l'avons vu, soit dans un mandat particulier, soit dans une gestion de biens.

Il sera nommé un curateur à une personne malade ou absente qui n'a pu donner elle-même mandat de la

représenter dans une affaire urgente, ou à un mineur dont les intérêts sont en opposition avec ceux de son représentant légal, ou à un pupille dont le représentant légal est empêché (art. 392).

Dans une seconde série de cas, la curatelle a pour but de pourvoir à la gestion des biens dont le soin n'incombe à personne. Cette curatelle est nécessaire par exemple, au cas d'absence prolongée d'un individu sans résidence connue, lorsque des droits de succession sont incertains, lorsqu'il importe de sauvegarder les intérêts d'un enfant simplement conçu (curateur au ventre), lorsque l'organisation d'une fondation n'est pas complète, etc... (art. 393).

La publication de la nomination du curateur n'est pas indispensable et elle n'a lieu qu si l'autorité tutélaire la juge opportune (art. 397).

Dans le chapitre relatif à la curatelle figure une institution qui est beaucoup plus voisine de notre conseil judiciaire que de la curatelle, « le conseil légal » (1). Lorsqu'il n'y a pas de raisons suffisantes pour interdire un majeur, et qu'il est néanmoins nécessaire de ne pas lui laisser le plein exercice de ses droits civils, il sera pourvu d'un conseil légal, dont le concours lui sera nécessaire pour accomplir un certain nombre d'actes,

(1) C'est au cours des débats parlementaires que l'on a introduit cette institution dans le code ; et l'on s'est contenté de l'insérer dans le chapitre relatif à la curatelle. Il eut mieux valu en faire l'objet d'un chapitre spécial.

qu'énumère l'article 395. Il subira en somme une sorte d'interdiction partielle, sans effet sur sa capacité civile. S'il y a lieu, l'administration de ses biens pourra même lui être retirée, la libre disposition de ses revenus lui étant seule laissée. Indépendamment de cette mesure exceptionnelle de la privation du droit d'administration, le seul examen de la liste des actes juridiques pour lesquels l'assistance du conseil sera nécessaire (art. 395) suffit à montrer quelles ont été, en cette matière, les intentions du législateur. Il a voulu prémunir la famille contre les dangers qui peuvent résulter pour elle des tendances d'un de ses membres à la dissipation et à la prodigalité, et lui éviter la honte et le dommage de scandaleuses dépenses publiques.

La tutelle et la curatelle sont instituées par l'autorité, tutélaire soit d'office, soit à la requête des intéressés. En outre une série de dispositions curieuses permettent de nommer sur sa demande à une personne majeure un tuteur, un curateur ou un conseil légal. « Tout majeur, dit en effet l'article 372, peut demander sa mise sous tutelle, s'il établit qu'il est empêché de gérer convenablement ses affaires par suite de faiblesse sénile, de quelque infirmité, ou de son inexpérience. » L'article 394 prévoit dans les mêmes circonstances la nomination d'un curateur à la requête de la personne majeure. Enfin un majeur peut obtenir *à fortiori* d'être pourvu d'un conseil légal, conformément à l'article 395. Cette institution de la tutelle volontaire est originale et

pourra rendre de précieux services aux vieillards, ou aux individus auxquels des infirmités corporelles rendent lourde et difficile la gestion de leur patrimoine.

L'administration de la tutelle est confiée au tuteur, sous la surveillance des autorités tutélaires. Les fonctions du tuteur sont réglées par la loi d'une façon très complète et moderne. Ainsi le code lui impose le dépôt en lieu sûr des valeurs mobilières et objets de prix (art. 399). Le tuteur doit l'intérêt de toute somme qu'il a laissée improductive pendant plus d'un mois (art. 401). Il représente en principe le pupille dans les actes juridiques. Mais pour certains actes, le concours des autorités de tutelle est exigée (art. 407). D'autres (cautionnement, donation, fondation) lui sont absolument interdits (art. 408). Il est tenu de gérer le patrimoine du pupille en administrateur diligent, c'est-à-dire en bon père de famille (1). Il doit rendre des comptes à l'autorité tutélaire, aux époques qu'elle a fixées et en tout cas tous les deux ans au moins (art. 413).

Les autorités tutélaires, en dehors de leur droit de contrôle général, ont des attributions multiples. D'abord il est un certain nombre d'actes importants pour lesquels leur consentement est nécessaire, soit que le consentement de l'autorité tutélaire suffise, soit que celui de l'autorité de surveillance doive venir s'y ajouter (art. 421 et 422). En second lieu, l'autorité tutélaire,

(1) Voir : Exposé des motifs, p. 259.

sous le contrôle de l'autorité de surveillance, examine les rapports et comptes du tuteur, et les approuve ou les refuse (art. 423). Enfin, c'est aux autorités tutélaires que sont adressées toutes les réclamations relatives à la tutelle, et notamment : les recours du pupille contre les actes de son tuteur (art. 420), les requêtes à fin d'obtenir la mainlevée d'une interdiction (art. 437) et les propositions de destitution du tuteur (art. 446). Dans tous les cas un recours peut être adressé à l'autorité de surveillance contre les décisions de l'autorité tutélaire.

La mainlevée de l'interdiction peut être demandée par l'interdit et par tout intéressé. Elle ne peut être obtenue que s'il est établi que la situation qui la motivait a cessé. En particulier, si elle a été prononcée pour cause de prodigalité, d'ivrognerie ou d'inconduite, l'interdit ne pourra obtenir la mainlevée que si, pendant un an au moins, il n'a donné lieu à aucune plainte pour faits de cette nature (art. 437).

La destitution du tuteur peut de même être proposée par le pupille et par tout intéressé (art. 446). Elle est prononcée, lorsque le tuteur s'est rendu coupable « de négligences graves, d'abus dans l'exercice de ses fonctions ou d'actes qui le rendent indigne » (art. 445).

Le tuteur et les membres des autorités de tutelle sont responsables du dommage qu'ils causent à dessein ou par négligence (art. 426). S'ils sont tenus ensemble du dommage, les membres des autorités tutélaires n'en

répondent que subsidiairement (art. 421). Les cantons répondent du dommage qui n'est pas réparé par le tuteur ou les membres des autorités tutélaires (art. 427). L'action en responsabilité à raison de fautes du tuteur ou des membres des autorités tutélaires se prescrit par un an à dater de la remise du compte final (art. 454).

Nous avons déjà dit que les relations entre parents et enfants étaient soumises uniquement aux règles de la puissance paternelle, et que cette puissance, aussi longtemps qu'elle durait, tenait lieu de tutelle. Il est donc naturel que les autorités tutélaires aient un droit de surveillance sur ces relations.

Les autorités tutélaires prennent les mesures nécessaires pour la protection des enfants contre leurs parents, lorsque ceux-ci ne remplissent pas leurs devoirs (art. 283). Lorsque le développement physique ou intellectuel de l'enfant est compromis, ou lorsqu'il est moralement abandonné, l'autorité tutélaire peut en retirer la garde aux parents pour le placer dans une famille ou dans un établissement (art. 284) (1). Si cette mesure est insuffisante, et si les parents sont incapables d'exercer la puissance paternelle, interdits, ou coupables de graves négligences ou abus d'autorité, les autorités tutélaires prononceront la déchéance de la puissance paternelle. La déchéance est générale et

(1) C'est un résultat analogue que permet d'atteindre notre loi du 5 avril 1898.

s'étend aux enfants à naître comme aux enfants déjà nés (1). Au cas où les deux parents sont déchus de la puissance paternelle, les autorités nomment un tuteur à l'enfant (art. 285). Un tuteur pourra également être nommé à l'enfant en cas de convol du survivant de ses père et mère, investi de la puissance paternelle (art. 286). Lorsque la cause de déchéance a disparu le père ou la mère peut être rétabli par l'autorité tutélaire d'office ou sur sa demande, dans l'exercice de la puissance paternelle (art. 287).

Les autorités tutélaires ont mission de protéger les biens comme la personne du pupille. Elles sont par suite tenues de prendre les mesures nécessaires à cette protection, lorsque les père et mère manquent aux devoirs que leur imposent l'administration et la jouissance légale. Les père et mère peuvent être soumis à la même surveillance que les tuteurs et obligés à fournir des sûretés. Enfin il peut être nommé un curateur pour sauvegarder les intérêts de l'enfant (art. 297).

A côté de la protection des enfants contre leurs parents, le code suisse nous présente l'importante innovation d'une protection des parents contre leurs enfants.

(1) On sait qu'à l'inverse de la loi du 24 juillet 1889 (sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés) qui ne prévoit que la déchéance totale et complète de la puissance paternelle, la loi du 5 avril 1898 a permis en France de ne prononcer qu'une déchéance partielle, c'est-à-dire seulement quant à certains pouvoirs, et seulement vis-à-vis d'un seul enfant.

« A la demande des parents, dit l'article 284, les mêmes mesures (placement de l'enfant dans une famille ou dans un établissement) sont prises par l'autorité tutélaire, lorsque l'enfant oppose par méchanceté une résistance opiniâtre à leurs ordres et que, selon toute prévision, d'autres moyens seraient inefficaces. »

L'autorité tutélaire veille à la protection des enfants naturels comme des enfants légitimes. Elle confère la puissance paternelle à la mère, si la filiation maternelle est seule établie (art. 324). Elle peut la conférer au père ou à la mère, si la filiation paternelle est régulièrement établie (art. 325). Elle peut, à la requête de la mère, lui conférer la puissance paternelle jusqu'à ce que l'enfant ait atteint un certain âge, pour la rendre au père à l'expiration du délai fixé (art. 326) ; mesure d'humanité en faveur des enfants du jeune âge. L'autorité tutélaire en conférant la puissance paternelle au père ou à la mère, déterminera leurs droits sur les biens de l'enfant (art. 327).

II

L'ÉTAT, PROTECTEUR DU CRÉDIT PUBLIC.

Les registres de publicité.

Le crédit public dépend, dans un pays, de la confiance des citoyens les uns à l'égard des autres, et du

soin que prend l'État d'assurer la régularité et la publicité des actes juridiques en protégeant les contractants contre les dissimulations et les fraudes. Il est naturel que la législation d'un pays comme la Suisse, où tout se passe au grand jour, ait organisé un système de publicité particulièrement remarquable et complet. Les trois registres publics institués par le code civil suisse nous sont déjà connus; ce sont le registre de commerce, le registre des régimes matrimoniaux et le registre foncier. Laissant de côté le premier qui appartient au droit commercial, nous allons indiquer la fonction juridique des deux autres.

Registre des régimes matrimoniaux. — L'institution du registre des régimes matrimoniaux a été empruntée par le législateur suisse au code allemand (1). Il est destiné à protéger les tiers contre les dangers qui peuvent résulter pour eux de la liberté du contrat de mariage. Doivent y être inscrites toutes les clauses du contrat de mariage que les époux entendent rendre opposables aux tiers (art. 249). Doivent aussi y être inscrites pour produire effet à l'égard des tiers les décisions judiciaires concernant leur régime matrimonial, et les actes juridiques intervenus entre eux au sujet des apports de la femme ou des biens communs (art. 248). L'un ou l'autre des époux a le droit de requérir l'ins-

(1) Il existait d'ailleurs à Bâle.

cription (art. 249); elle doit être faite sur le registre du domicile du mari (art. 250).

Nous savons que si le contrat peut être modifié au cours du mariage, il ne peut l'être à l'encontre des droits des tiers (art. 188). Ceux-ci n'ont, par suite, à se préoccuper que de l'existence ou de la non existence d'un contrat antérieur au mariage. Ils sont donc dans la même situation qu'en France, mais le registre matrimonial leur procure une protection beaucoup plus efficace que les mesures instituées par notre loi du 10 juillet 1850 (loi Valette).

On sait que, d'après cette loi, le notaire qui reçoit le contrat de mariage doit délivrer aux futurs époux, pour être remis à l'officier de l'état civil lors de la célébration du mariage, un certificat énonçant ses noms et lieu de résidence, les noms, prénoms et qualités des parties, ainsi que la date du contrat. Si le certificat du notaire n'a pas été remis à l'officier de l'état civil, et si, par suite, l'acte de mariage ne mentionne pas qu'il a été fait un contrat, « la femme sera réputée, à l'égard de tous, capable de contracter dans les termes du droit commun » (art. 1391, C. C.), c'est-à-dire qu'elle perdra le bénéfice de toute clause de dotalité figurant en sa faveur dans le contrat, toutes autres clauses conservant d'ailleurs leur plein effet, même vis-à-vis des tiers. Si le certificat a au contraire été remis régulièrement à l'officier de l'état civil, l'acte de célébration mentionnera qu'il a été fait un contrat, devant quel notaire, et

à quelle date, mais il ne mentionnera rien de plus. On y cherchera en vain sous quel régime sont mariés les époux. Les tiers seront mis en garde, mais il leur faudra se renseigner ailleurs. On voit combien est imparfaite la protection instituée par la loi de 1850. Elle révèle seulement aux tiers l'existence d'un contrat sans en faire connaître les dispositions, et elle laisse leur valeur à toutes les clauses du contrat tenu secret qui n'ont pas trait à l'inaliénabilité dotale. Elle est dirigée exclusivement contre le régime dotal.

La protection qui résulte du registre suisse est plus large. L'extrait du registre que tout le monde peut se faire délivrer porte copie intégrale des clauses que les époux ont entendu rendre opposables aux tiers, et toutes celles qui n'y figurent pas peuvent bien conserver leur plein effet entre époux, mais n'en produisent aucun à l'encontre des tiers,

Au reste, la publicité du contrat de mariage ne consiste pas dans la seule tenue d'un registre ouvert à tous. A l'inscription au registre, s'ajoute la publication du contrat de mariage, mais la publication mentionne simplement le régime matrimonial adopté par les époux (union des biens avec ou sans droit de propriété du mari sur les apports de la femme, communauté simple ou réduite sur acquêts, séparation de biens avec ou sans dot, etc...)

Registre foncier. — L'introduction dans le code fé-

déral du registre foncier est le terme d'une évolution qui se poursuit depuis un siècle en Suisse dans le sens d'une publicité de plus en plus large des droits réels. Si un petit nombre seulement de cantons (Vaud, Soleure, Bâle-Ville) possèdent déjà le registre foncier, la plupart des autres ont cherché à atteindre le même but, les cantons germaniques en se servant du système de l'homologation (1), et les cantons romands, en donnant le cadastre pour base à la publicité. Les éléments de cette grande réforme étaient donc préparés dans la Confédération helvétique.

Cela ne veut pas dire qu'elle pourra recevoir du jour au lendemain son organisation complète et définitive. Le code civil suisse se contente de poser les principes juridiques et de jeter les bases essentielles de l'institution. Dans l'adaptation, on s'efforcera autant que possible de tirer parti des registres ou protocoles fonciers déjà existants (2). L'établissement du registre foncier

(1) Sur l'institution de l'homologation, et son but différent suivant les législations cantonales, voir : *Schweiz-Privatr*, III, p. 43 et suiv.

(2) « En proposant d'adopter l'institution du registre foncier, nous n'avons pu nous défendre du sentiment que cette innovation ne pouvait être réalisée, d'un jour à l'autre, dans tout le territoire de la Confédération suisse. C'est pourquoi, dans les dispositions transitoires, nous n'omettrons pas de régler les deux points suivants : Les registres ou protocoles fonciers des cantons avec ou sans compléments seront conservés et continués jusqu'à nouvel ordre, dès l'instant où ils paraîtront suffisants pour l'application des articles 980 et suivants (942 et suiv. C.). Pourquoi ne le ferait-on pas ? L'institution peut fonctionner en vertu de principes même très différents, et les cantons qui pos-

se fera en Suisse à moins de frais qu'ailleurs, étant donné que le cadastre existe déjà dans plusieurs cantons entiers (Genève, Vaud, Neuchâtel, Fribourg, Soleure et Bâle et dans un grand nombre de communes) et que le pays n'est pas dans son ensemble d'une superficie trop considérable. Le code renferme d'ailleurs des dispositions transitoires destinées à préparer la mise en œuvre de l'institution (art. 38 à 48, titre final).

Le registre foncier donne l'état des droits sur les immeubles. Cette formule générale, employée par l'article 942 est la seule qui soit exacte, car toutes sortes de droits, et même des droits personnels, peuvent, comme nous le verrons, figurer au registre foncier, l'effet de l'inscription étant différent selon leur nature.

Chaque immeuble est en principe immatriculé sur un feuillet spécial du registre et reçoit un numéro distinct (art. 945). Toutefois le code prévoit l'immatriculation,

sèdent le registre foncier ont créé, à grands frais, des moyens, la plupart excellents, de publicité des droits réels. On y aura recours dans l'avenir et l'on peut en attendre tous les services qu'ils ont rendus jusqu'ici; plus tard, lorsque, par exemple, les cantons eux-mêmes songeront à une réforme de leur système, la Confédération pourra intervenir législativement. D'un autre côté, et même en faisant abstraction du maintien des prescriptions registrales des cantons, la cadastration ne sera pas chose faite avant vingt ou trente ans au moins. Il a fallu quinze ans pour l'exécuter à Bâle-Ville, et près de trente années à Soleure; si le canton de Vaud a pu accomplir rapidement sa réforme du régime des droits réels, c'est parce que tout son territoire était cadastré. Mais on n'est pas forcé d'escompter la cadastration générale pour l'introduction du registre foncier, ni ce dernier pour la promulgation d'un nouveau droit des choses ». Message du 28 mai 1904, p. 93.

à la demande du propriétaire, de plusieurs immeubles appartenant à la même personne, sur un feuillet unique, dit feuillet collectif (art. 947) qui sera surtout utilisé pour des exploitations agricoles très morcelées. L'immatriculation et la description des immeubles s'opéreront d'après un plan et reposeront autant que possible sur une mensuration géométrique (art. 950). Le cadastre, là où il existe, sera utilisé à cet effet, et son établissement aura lieu progressivement partout, L'introduction du registre foncier n'est d'ailleurs pas subordonnée à l'existence du cadastre, et le canton de Soleure possédait son registre foncier vingt ans avant d'avoir son cadastre. Au reste il est des parties du territoire (forêts, pâturages, alpes, marais, etc...) pour lesquelles une mensuration sommaire suffira amplement.

Ce sont les inscriptions qui constitue l'élément juridique du registre foncier. Sont inscrits au registre : la propriété, les servitudes et charges foncières et les droits de gage (art 958). Mais la sphère d'action du registre foncier s'étend au-delà du cercle des droits réels.

Un certain nombre de droits personnels peuvent faire l'objet non plus d'une inscription, mais d'une annotation au registre foncier, et cette annotation leur donne une sorte de caractère réel, grâce auquel ils deviennent opposables *erga omnes*. Ce sont les droits d'emption, de préemption, et de réméré, et ceux dérivant des baux à ferme et à loyer dans les cas expressément prévus par la loi (art. 959).

Peuvent être aussi l'objet d'une annotation au registre certaines restrictions au droit d'aliéner un immeuble, lorsqu'elles résultent de certains actes, par exemple d'une saisie, d'une déclaration de faillite, de la constitution d'un asile de famille ou d'une substitution fidéicommissaire. Dans ces deux derniers cas une autorisation judiciaire est nécessaire pour obtenir l'annotation, le juge ayant à déterminer exactement pour quelle valeur et pendant combien de temps le propriétaire sera frappé d'indisponibilité.

Enfin il existe une troisième variété d'inscription : c'est l'inscription provisoire. Elle peut-être accordée à une personne dont les droits paraissent sérieux mais ne sont pas encore constatés, et a pour effet de rendre ces droits opposables aux tiers à dater de l'inscription provisoire aussitôt qu'ils sont établis (art. 961). Une personne qui conteste en justice le droit d'un propriétaire inscrit peut craindre que pendant l'instance ce dernier n'abuse de sa situation pour constituer sur l'immeuble de nouveaux droits réels, qui seraient préférables aux siens propres, même dans l'éventualité où le procès serait gagné. On l'autorisera à inscrire provisoirement son droit. De même « l'acquéreur qui ne peut se légitimer en la forme, bien que matériellement son droit réel ne soit pas contestable (1) » obtiendra l'inscription provisoire de ce droit. Ce sera par exemple un individu,

(1) Exposé des motifs, p. 722.

dont la qualité d'héritier est de notoriété publique, mais auquel manque encore la légalisation d'une signature pour obtenir le transfert de la propriété d'immeubles successoraux.

Les inscriptions s'opèrent sur la déclaration écrite du propriétaire de l'immeuble sur lequel porte le droit réel (art. 963). Les radiations s'effectuent de même sur la déclaration écrite de ceux auxquels l'inscription confère les droits à radier (art. 964). Aucune opération (inscription, modification, radiation) ne peut être faite au registre foncier, si le requérant ne justifie préalablement de son droit de disposition et de la légitimité du titre sur lequel se fonde l'opération (art. 965). Toute opération doit être écartée si la légitimation fait défaut. Néanmoins, nous venons de voir que, s'il n'y a qu'à compléter cette légitimation, le requérant peut être autorisé à prendre une inscription provisoire (art. 966).

L'organisation pratique du registre foncier est abandonnée aux auteurs. Le code se contente d'indiquer les livres dont il sera formé et dont la tenue sera obligatoire. Ce sont : 1° le registre principal ou grand livre ; 2° les documents complémentaires (plan, rôle, pièces justificatives, état descriptif) ; 3° le journal (art. 942). Chaque immeuble figure sur un feuillet du grand livre, et ce feuillet comporte l'inscription sous diverses rubriques, de la propriété, des servitudes et charges foncières et du droit de gage. Le grand livre ne donne pas toute la teneur des actes qui sont mentionnés, mais

il est assez explicite pour qu'on puisse se rendre compte au premier coup d'œil des charges qui grèvent l'immeuble. Si l'on désire de plus amples renseignements, on se reporte au journal où sont portés dans l'ordre chronologique les réquisitions d'inscription avec l'indication de leur auteur et de leur objet, et aux pièces justificatives qui sont soigneusement conservées. Le registre foncier est public, et tout intéressé a le droit de se faire communiquer les feuillets immobiliers qu'il désigne, ainsi que les pièces justificatives, ou de s'en faire délivrer des extraits (art. 970).

La force obligatoire (*Rechtskraft*) des inscriptions registrales est à la fois négative et positive, négative en ce sens qu'aucun droit réel ne peut naître sans inscription (1), et positive en ce sens que toute inscription donne naissance au droit réel qu'elle constate.

La force obligatoire n'est cependant reconnue par le code que dans la mesure où il est nécessaire d'assurer la publicité des droits réels, et c'est pourquoi les articles 973 et 974 décident que nul ne doit être induit en erreur par les inscriptions existantes, et que toute personne de bonne foi pourra s'en tenir aux énonciations registrales. Nous ne pouvons mieux faire comprendre l'effet de l'inscription qu'en reproduisant l'exemple donné à ce sujet par le Message du 28 mai 1904 :

(1) Toutefois, le droit réel existe indépendamment de l'inscription et antérieurement à elle, lorsque son acquisition résulte de la loi ou d'un jugement.

« Si en vertu d'une procuration falsifiée, la propriété d'un immeuble immatriculé au registre foncier sous le nom de A... est transférée à B..., celui-ci est la victime de l'erreur commise, et aussi longtemps qu'il n'aura pas opéré lui-même le transfert de ses droits, A... aura la faculté d'attaquer l'inscription de B..., que ce dernier ait eu ou n'ait pas eu connaissance du faux, car B... ne s'est pas fondé sur une inscription inexacte, mais il a été trompé par un fait extérieur au registre. Si avant l'action intentée par A..., B... aliène l'immeuble et en transfère registralement la propriété à C... et que C..., ait été dans l'ignorance du faux prérappelé, il ne pourra plus être frustré de son droit acquis, puisqu'aussi bien il s'est appuyé sur une inscription au registre et qu'il serait indûment lésé si son acquisition parfaitement régulière pouvait être déclarée dans la suite nulle et non avenue. Au contraire, si dans ce cas C... a eu connaissance du faux, son acquisition n'est pas protégée, car il n'a pu invoquer de bonne foi le registre et son inscription est annulable (1). »

En somme, les effets de la publicité sont pleinement acquis à celui qui de bonne foi s'est référé au registre foncier. L'acquéreur *bonæ fidei* est protégé, quand bien même l'inscription du disposant, légitime en apparence, serait annulable ; l'essentiel est que la nullité ait été ignorée de l'acquéreur au moment de l'acte.

(1) Message du 28 mai 1904, p. 95.

Le registre foncier suisse, avec l'organisation que nous venons d'exposer, semble réaliser les trois progrès que l'on est en droit d'exiger d'un nouveau régime foncier : « une constitution plus sûre, une publicité plus effective, et une mobilité plus grande des droits réels » (1). A ces trois titres, le registre contribuera largement à la consolidation du crédit public. La relation des droits réels entre eux y est clairement établie pour chaque immeuble particulier. La nature et le rang des diverses charges grevant le fonds y sont indiqués d'une façon précise, et le rapport entre les diverses charges et les obligations personnelles qu'elles servent originairement au moins à garantir, y apparaît aussi nettement. Le registre foncier donne par conséquent d'une façon aussi complète que possible « l'état civil » du territoire. Mais l'innovation capitale, c'est la protection accordée à l'acquéreur de bonne foi qui s'en est remis aux indications registrales. La force obligatoire de l'inscription au profit de tout propriétaire de bonne foi va donner au crédit foncier suisse toute la mobilité désirable, et assurer aux transactions immobilières une parfaite sécurité.

(1) Exposé des motifs, p. 711.

L'autorité en matière successorale.

Le législateur suisse a placé la dévolution successorale non point seulement sous la surveillance passive, mais sous le contrôle effectif de l'autorité.

L'autorité fait dresser inventaire, à la demande d'un héritier, lorsqu'un héritier est ou doit être placé sous tutelle, enfin en cas d'absence prolongée d'un héritier qui n'a pas laissé de fondé de pouvoirs (art. 553). Elle fait procéder à l'administration d'office de la succession en cas d'absence prolongée d'un héritier, lorsqu'aucun des héritiers présumés n'a de droits suffisamment établis, lorsque tous les héritiers ne sont pas connus (art. 554). Dans ce dernier cas elle invite par des sommations publiques les ayants droit à se faire connaître (art. 555). Quiconque a trouvé un testament, en a dressé acte, reçu dépôt, ou en a accepté la garde, doit en faire la remise à l'autorité compétente (art. 556). Copie des clauses testamentaires est adressée par l'autorité à tous les intéressés. Ceux qui n'ont pas de domicile connu sont prévenus par sommation publique (art. 508). Telles sont les mesures de sûreté que prend l'autorité afin d'assurer le transfert régulier des biens aux ayants droits.

Le code suisse prévoit, outre la répudiation et l'acceptation pure et simple de la succession, deux autres partis que peut prendre l'héritier : l'acceptation bénéficiaire,

et la demande de liquidation officielle. L'intervention de l'autorité est fort importante dans l'un et l'autre cas.

C'est l'autorité qui accorde à l'héritier, sur sa requête, le bénéfice d'inventaire (art. 580). Mais l'autorité dispose en vue de dresser l'inventaire de pouvoirs extrêmement étendus. C'est ainsi que « celui qui possède des renseignements sur la situation financière du défunt, doit sous sa responsabilité les donner à l'autorité, si elle l'en requiert » (art. 581). L'autorité a par conséquent le droit de recueillir par tous les moyens, même en faisant appel aux témoignages, les renseignements utiles au règlement de la succession. Par les soins de l'autorité, sommation est faite aux créanciers de produire et aux débiteurs de se déclarer (art. 582). Après l'expiration du délai d'un mois, l'inventaire est clos. Il peut être consulté par les intéressés pendant un mois au moins (art. 584). Chaque héritier doit prendre parti dans le même délai (art. 587).

On voit la part active que prend l'autorité à toute la procédure du bénéfice d'inventaire, pour sauvegarder les intérêts de tous, créanciers et héritiers. Mais il nous semble que la loi suisse lui accorde dans ce but des pouvoirs excessifs. Un inventaire dressé par un notaire ou tout autre officier public suffisait, semble-t-il, à la protection de tous les intérêts, et il était inutile de donner ici à l'autorité le droit d'inquisition dans les affaires privées qui semblent résulter de l'article 581 et que nous avons déjà critiqué à plusieurs reprises. Cette sorte d'en-

quête, dans une affaire où le principal intéressé (le défunt) ne peut être entendu, nous paraît fort dangereuse.

La liquidation officielle joue dans la loi suisse le rôle de notre séparation des patrimoines. Mais, à l'inverse de la séparation des patrimoines de notre code, elle peut être requise non seulement par les créanciers de la succession, mais par l'héritier et par conséquent dans l'intérêt de ses créanciers personnels. L'héritier peut, au lieu de répudier ou d'accepter sous bénéfice d'inventaire, requérir cette liquidation officielle de la succession ; en ce cas, il ne répond pas des dettes de la succession (art. 593). Quant aux créanciers du défunt, s'ils ne sont pas désintéressés ou s'ils n'obtiennent pas de sûretés, ils ont le droit de requérir la liquidation officielle dans les trois mois (art. 594).

La liquidation officielle est faite par les soins de l'autorité compétente ou sous son contrôle. Elle comprend d'ordinaire « le règlement des affaires courantes du défunt, l'exécution de ses obligations, le recouvrement des créances, l'acquittement des legs dans la mesure de l'actif, et, en tant que de besoin, la reconnaissance judiciaire de ses droits et de ses engagements, ainsi que la réalisation des biens » (art. 596).

L'intervention de l'État en vue de garantir la sécurité publique et le libre jeu du crédit se fait sentir dans tous les domaines du droit privé. Citons notamment la

surveillance qu'il exerce sur les prêteurs sur gages. Aux termes de l'article 907, « nul ne peut exercer le métier de prêteur sur gages sans l'autorisation du gouvernement cantonal ». Le même article permet aux cantons de prescrire que cette autorisation ne sera accordée qu'à des établissements publics du canton ou des communes et à des entreprises d'utilité générale. L'autorisation ne sera accordée aux établissements privés que pour un temps limité, avec faculté de renouvellement. Elle pourra toujours être retirée aux prêteurs sur gage qui enfreindront les dispositions légales (art. 908). Ceux qui font métier d'acheter sous pacte de réméré sont assimilés aux prêteurs sur gage (art. 914).

Le contrôle de l'État est également fort important en matière hypothécaire. Il faudrait, pour être complet, montrer comment le législateur suisse a su concilier dans ce domaine la plus large liberté individuelle avec les exigences du crédit public, mais cette étude nécessiterait l'exposé de tout le régime hypothécaire suisse et dépasserait par conséquent les modestes limites de ce travail.

III

L'ÉTAT PROTECTEUR DE L'INTÉRÊT SOCIAL.

Le code civil suisse consacre, après le code civil allemand, la théorie moderne de l'abus du droit : « L'abus

manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi » (art. 2, al. 2). Le législateur suisse ne considère plus que la liberté de l'individu soit absolue dans l'exercice des droits, et il conteste l'équité du vieil adage, d'après lequel celui qui use de son droit ne lèse personne : *Qui suo jure utitur neminem lædit*. Le droit est selon lui reconnu à l'individu pour la réalisation d'un certain but social, et l'exercice arbitraire de ce droit en dehors du but en vue duquel il est accordé, constitue une violation des règles de la bonne foi (1). Le législateur a donc le devoir de l'empêcher, et, ce faisant, il introduit dans son œuvre, selon l'expression de M. Saleilles « la conception vraiment sociale du droit subjectif » (2).

Le législateur suisse a fait dans la matière du droit de propriété des applications positives de cette théorie. Citons notamment l'article 684 qui oblige le propriétaire à s'abstenir dans l'exercice de son droit et spécialement dans ses travaux d'exploitation industrielle, de tout excès au détriment de la propriété des voisins. Sont par suite interdits : les émissions de fumée ou de suie, les émanations incommodantes, les bruits, les trépidations « qui excèdent les limites de la tolérance que se doivent les voisins, eu égard à l'usage local, à la situation et à la nature des immeubles » (art. 684).

Dans l'intérêt social, le code suisse a été jusqu'à auto-

(1) Le code traite dans le même article de la bonne foi et de l'abus du droit.

(2) Saleilles : *Théorie gén. de l'oblig.*, p. 390, note 4.

riser de profondes atteintes au droit de propriété individuel. La réglementation de la propriété des eaux et des sources est à cet égard particulièrement significative. « Nos voisins ont voulu être révolutionnaires, et ils sont entrés dans tous les détails qui conviennent à un pays de sources et de cascades. Ils ont levé les barrages et les vannes qui retenaient prisonnière au profit d'un seul propriétaire la fluide richesse des vallées : elle courra désormais libre, dégagée de toutes les contraintes que ne justifierait pas une utilité soit générale, soit particulière (1). »

Le propriétaire est tenu de recevoir sur son fonds les eaux qui s'écoulent naturellement du fonds supérieur (eaux de pluie, neige, ou sources non captées) et il ne peut modifier leur écoulement naturel au détriment de son voisin. Le propriétaire supérieur n'a pas le droit de retenir abusivement l'eau nécessaire au fonds inférieur (art. 689). Le propriétaire est tenu de recevoir sur son fonds sans indemnité les eaux provenant du drainage du fonds supérieur. Il est tenu de laisser établir sur son fonds, moyennant indemnité préalable, les aqueducs, drains, conduites de gaz et conduites électriques, aériennes ou souterraines, si, bien entendu, il est impossible d'exécuter ces travaux autrement sans frais considérables (art. 691).

Quant aux sources, elles appartiennent en principe

(1) Maxime Leroy : art. cité, *Revue de Paris*, décembre 1902, p. 664.

au propriétaire du fonds sur lequel elles jaillissent (art. 704). Mais le code permet aux cantons d'autoriser sous certaines conditions la dérivation des sources privées (art. 705). Il défend aux propriétaires de couper même partiellement ou de souiller par des fouilles ou travaux quelconques des sources déjà utilisées (art. 706). Tout ceci n'a rien qui doive nous étonner. Mais voici qui est plus curieux : l'article 709 reconnaît aux cantons la faculté d'accorder à des voisins ou à d'autres personnes le droit d'utiliser les sources, fontaines ou ruisseaux qui sont propriété privée, notamment pour y puiser de l'eau et y abreuver le bétail. Le propriétaire de sources, fontaines ou ruisseaux qui n'en tire pas parti, est tenu de les céder contre indemnité pour l'installation de services d'alimentation ou autres entreprises d'intérêt général (art. 711). Il y a mieux : le propriétaire qui prouve qu'il ne pourrait se procurer qu'à des frais trop considérables l'eau nécessaire à sa maison ou à son fonds, a le droit d'exiger d'un voisin qu'il lui cède moyennant indemnité l'eau dont il n'a pas besoin (art. 710). C'est en somme la consécration d'un droit d'expropriation pour cause d'utilité publique, et même pour cause d'utilité privée.

Le propriétaire qui n'a qu'une issue insuffisante sur la voie publique peut, comme dans notre droit, exiger de ses voisins qu'ils lui cèdent le passage nécessaire moyennant indemnité (art. 694). Mais en outre, la législation cantonale pourra, aux termes de l'article 695

prendre toutes dispositions en vue de permettre aux propriétaires d'emprunter le fonds voisin pour travaux d'exploitation, réparation, ou construction sur leur propre fonds ; elle pourra aussi régir à sa guise les droits de charrue, d'abreuvoir, de passage en saison morte, et autres analogues.

Le sort des constructions élevées sur le fonds d'autrui ou avec les matériaux d'autrui n'est pas réglé dans la loi suisse comme dans la nôtre. Les matériaux deviennent dans l'un et l'autre cas partie intégrante de l'immeuble. Le propriétaire des matériaux employés sans son consentement à une construction sur le terrain d'autrui ne peut les revendiquer et en exiger la séparation aux frais du propriétaire du fonds « que s'il n'en résulte pas un dommage excessif » (art. 671). De son côté, le propriétaire du fonds sur lequel il a été construit avec les matériaux d'autrui ne peut exiger « que sous la même réserve », l'enlèvement des matériaux aux frais du constructeur (même article). Bien entendu, lorsque les choses sont laissées en l'état, une indemnité équitable est due par le propriétaire du fonds au propriétaire des matériaux (art. 672). Si même la valeur des constructions est évidemment supérieure à celle du fonds, la partie qui est de bonne foi peut demander que la propriété du fonds soit attribuée au propriétaire des matériaux, contre paiement d'une indemnité équitable (art. 673). En dehors de ce cas particulier, la loi suisse ne se préoccupe pas de savoir s'il y a eu bonne ou mau-

vaie fois pour régler le sort de la construction ; elle ne distingue pas comme la loi française entre le possesseur de bonne foi (qui ne peut être forcé à démolir) et le possesseur de mauvaise foi (auquel la remise des lieux en état peut être imposée). « Au lieu d'être envisagée dans sa relation avec le constructeur, en somme à un point de vue individualiste assez pauvre, la construction est examinée en elle-même et elle sera respectable dans la mesure de sa valeur sociale » (1). Pareille solution est donnée par le code, au cas de plantations effectuées par une personne, soit sur le terrain d'autrui soit sur son propre terrain avec les plantes d'autrui (art. 678).

Le cas d'empiètement est réglé d'après les mêmes principes. Les constructions ou ouvrages élevés sur un fonds et qui empiètent sur le fonds voisin restent partie intégrante du premier fonds. Si le propriétaire lésé ne s'est pas opposé en temps utile à l'empiètement « l'auteur des constructions et autres ouvrages, peut demander, s'il est de bonne foi et si les circonstances le permettent, que l'empiètement à titre de droit réel ou la surface usurpée lui soient attribués contre paiement d'une indemnité équitable » (art. 674).

Au reste, le code réserve à la Confédération, aux cantons et aux communes, le droit d'apporter dans l'intérêt public d'autres restrictions à la propriété foncière.

(1) M. Leroy : article cité, p. 663.

Elles auront trait, par exemple, à la police sanitaire, à la police des constructions, des forêts et des routes, aux chemins de halage, au bornage, aux améliorations du sol, au morcellement des fonds, aux réunions parcel-laires de fonds ruraux ou de terrains à bâtir, à la con-servation des antiquités et des curiosités naturelles, ou à la protection des sites et des sources d'eaux miné-rales (art. 702). L'État aura sur ces divers points le droit d'imposer des restrictions à la propriété indivi-duelle.

En ce qui concerne en particulier les améliorations du sol (corrections de cours d'eau, dessèchement re-boisement, chemins, etc..), l'article 703 décide que, lorsqu'elles ne peuvent être réalisées que par un groupe de propriétaires et lorsque les deux tiers des intéressés possédant plus de la moitié du terrain sont d'accord pour procéder aux travaux nécessaires, les autres sont tenus d'adhérer à cette décision.

Malgré les diverses restrictions que nous venons de signaler, et bien que les dispositions du code lui donnent quelquefois « un aspect communautaire assez inattendu » (1), la propriété suisse reste individualisée. Le législateur ne sacrifie les intérêts privés à l'intérêt général, que quand il n'a pas d'autre moyen de réa-liser une amélioration qui lui paraît indispensable au point de vue social. Aussi bien, ne faut-il voir le plus

(1) M. Leroy : article cité, p. 663.

souvent dans les atteintes au droit de propriété prévues par le code suisse « qu'un enrichissement de la liste déjà longue et ancienne des servitudes de voisinage » (1).

(1) *Ibid.*

CONCLUSION

Un jurisconsulte allemand, Laband, écrivait lors de la publication de l'avant-projet du code civil suisse, que si l'œuvre définitive était construite sur les bases proposées par cet avant-projet, la Suisse posséderait non seulement l'un des meilleurs, mais bien le meilleur code civil moderne (1).

Le code civil suisse, tel que nous venons de le faire connaître fort incomplètement, mérite-t-il un pareil éloge ? Il serait prématuré de l'affirmer, et l'on est obligé d'attendre son entrée en vigueur pour apprécier sa valeur en pleine connaissance de cause. Telle œuvre législative, d'un mérite incontestable, peut dissimuler des défauts que son application pratique révélera seule. Sans doute, il est improbable qu'il en soit ainsi pour le code civil suisse, dont la préparation a été entourée de toutes les garanties désirables, et dont les défauts, s'il en a, sont bien apparents. Mais il vaut mieux nous abstenir de jugements hâtifs et que nous n'avons pas qualité pour prononcer.

(1) « Dasz die Schweiz,.... nicht blosz einer der besten, soudern wohl das beste moderne Civilgesetzbuch haben wird. » *Deutsche Juristenzeitung*, 1897, n° 7, p. 132 et suiv.

Si nous ne disposons pas encore d'un recul suffisant pour assigner au code suisse un rang parmi les codes contemporains, on ne saurait du moins contester qu'il occupe au milieu d'eux une place exceptionnelle. Son allure populaire, son esprit familial, ses tendances morales, sa technique souple et presque négligée, lui donnent une physionomie absolument originale.

On peut affirmer qu'il rendra de grands services à un peuple dont il reflète les qualités nationales, et dont il va contribuer à fortifier l'unité. Il va être un lien nouveau entre ces petits États associés par leurs intérêts économiques et politiques qui constituent la Confédération helvétique.

L'influence du code civil suisse s'étendra d'ailleurs bien au-delà des frontières de la Confédération. Les conceptions doctrinales dont il s'inspire et les applications nouvelles qu'il fait de théories récentes ne manqueront pas d'être discutées par les juristes de tous les pays, et il ne serait pas étonnant de voir quelques-unes d'entre elles rallier l'approbation unanime de la science juridique.

Dans le domaine de la législation, le code a donné à quelques questions une solution définitive et que s'approprient vraisemblablement les prochains codes européens. Au reste, l'œuvre suisse sera en toutes matières une inestimable source d'indications pour le futur législateur.

En particulier, les auteurs de la revision de notre

code civil, trouveront en lui un document précieux. Outre les emprunts directs qu'ils pourront faire au législateur suisse de ses créations les plus heureuses, le nouveau code, qui satisfait à la fois les Suisses romands et leurs compatriotes germains, aura pour eux cet intérêt capital de montrer dans quelle mesure notre société française peut s'accommoder de conceptions germaniques, et dans quelle mesure au contraire il convient de nous opposer à l'importation dans notre code d'idées étrangères au génie latin.

Vu :

Le Président de la thèse,

AMBROISE COLIN.

Vu :

Le Doyen :

CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS	1
INTRODUCTION HISTORIQUE	
La codification en Europe. — La codification en Suisse. — Les origines du code civil suisse	3
PREMIÈRE PARTIE	
La confection et la forme extérieure du code.	
CHAPITRE PREMIER. — <i>Conception suisse de la codification</i>	41
CHAPITRE DEUXIÈME. — <i>Confection du code</i> ..	55
CHAPITRE TROISIÈME. — <i>Technique du code</i>	68
CHAPITRE QUATRIÈME. — <i>Plan du code</i>	96
CHAPITRE CINQUIÈME. — <i>Interprétation et application du code</i> ..	112
DEUXIÈME PARTIE	
L'esprit du code.	
CHAPITRE PREMIER. — <i>Esprit général du code</i>	123
CHAPITRE DEUXIÈME. — <i>L'individu</i>	138
I. La personnalité civile	138
L'honorabilité	138
L'égalité	141
La liberté	145
Liberté du contrat de mariage	146
Liberté testamentaire	150
II. Les personnes morales	158

CHAPITRE TROISIÈME. — <i>La famille</i>	171
I. La famille, au sens restreint	172
Le mariage	172
Divorce et séparation de corps	181
L'union conjugale	187
Les régimes matrimoniaux	200
La puissance paternelle et l'autorité domestique.....	213
Puissance paternelle	213
Autorité domestique	223
II. La famille, au sens large	228
La parenté.....	228
Les biens de famille.....	230
III. Le patrimoine familial	233
La volonté du chef de famille	236
Absence de dispositions du chef de famille.....	241
CHAPITRE QUATRIÈME. — <i>L'État</i>	249
I. L'État protecteur de l'intérêt familial	251
L'autorité dans les rapports conjugaux.....	251
L'autorité en matière tutélaire	256
II. L'État protecteur du crédit public	267
Les registres de publicité	267
Registre des régimes matrimoniaux.....	268
Registre foncier	270
L'autorité en matière successorale	279
III. L'État protecteur de l'intérêt social	282
CONCLUSION	291

